

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Janeiro 2007

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

Conselho Editorial*

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros

*Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD
Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Diretora

Divisão de Jurisprudência

Selena Lôbo de Carvalho – Diretora

Seção de Apoio ao Gabinete da Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira – estagiária
Fábia Cristina de Barros
Maria Carolina de Souza Ribeiro

Entrevista

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Distribuição

Luís Henrique Lavarini – prestador de serviços
Sandra Aparecida M. Mousinho – prestadora de serviços
Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI
Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

André Sampaio da Silva (gráficos)
Geraldo Martins Teixeira Júnior
Líbio Filho Matni Matos – estagiário
Luciana Fernandes Menezes
Renata Guimarães Leitão

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Carmen Lucia Prata da Costa
Evanildes Carvalho Amorim
Maria Benáurea Santos

Confecção de fotolitos

TechnoArte Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Praça dos Tribunais Superiores, bloco “A”, térreo, sala 13 – Edifício-Sede
70095-900 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3314-5377 e 3314-5451 – Fax: (61) 3226-6538
E-mail: revista@trf1.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização.

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) – . — Brasília: TRF-1ª Região, 1989-
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência
– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves

2ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
– Presidente
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

2ª Turma

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargadora Federal Neuza Alves

3ª Turma

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes

4ª Turma

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
– Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz

5ª Turma

Desembargadora Federal Selene de Almeida – Presidente
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Fagundes de Deus

6ª Turma

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
– Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Souza Prudente

7ª Turma

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
– Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

Desembargador Federal Leomar Amorim – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Conselho de Administração

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
– Corregedor-Geral
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva – Efetivo
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira – Efetivo
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargador Federal José Amilcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal João Batista Moreira

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal Leomar Amorim

Revista do Tribunal

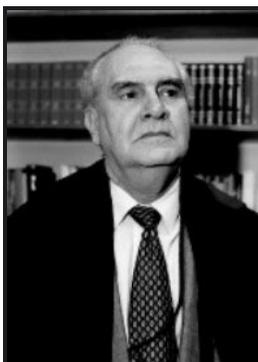
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

Escola de Magistratura Federal da Primeira Região – ESMAF

Desembargador Federal Olindo Menezes – Diretor
Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado do Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



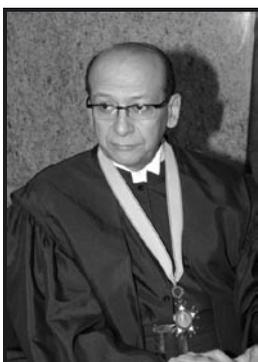
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



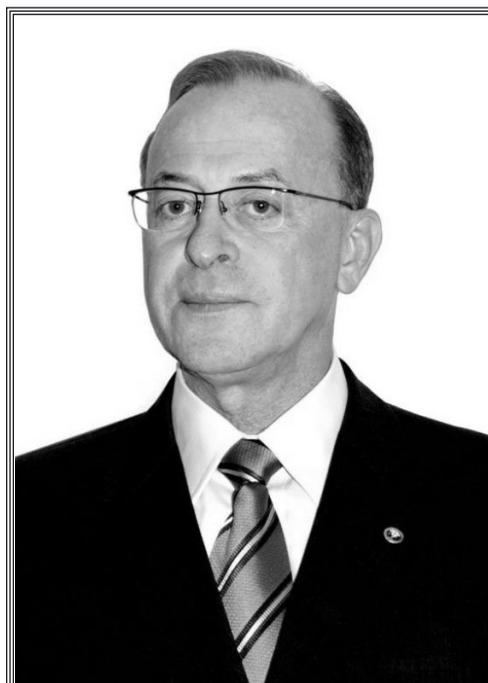
Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
a partir de junho/2006

Editorial, 13

Juramento, 15

Em Foco

Suavidade também faz magistratura firme, 17

Maria do Carmo Cardoso

Gastando o Latim, 25

Habeas Verbum: Língua do Direito, 27

Eis: a questão...

Maria Benáurea Santos

Artigos Doutrinários

Poligamia indígena e pensão por morte, 29

Márcio Barbosa Maia

A contribuição para o INCRA e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 36

Luciano Dias Bicalho Camargos

O caso *Rhône-poulenc* — Formação de cartel pela fixação de cotas de produção, 45

Paulo Adyr Dias do Amaral

Tópicos Jurídicos

Crime tributário: perspectivas na Europa e eficácia do pagamento, 57

Élcio Arruda

Qual o porquê de a Lei 11.277/2006 não ter estendido regra idêntica à do art. 285-A do CPC às ações rescisórias fncadas em possível violação literal de disposição de lei (art. 485, V, do CPC)?, 61

José Habib Fraxe Júnior.

Teses e Dissertações – Contribuição ao Direito

A atribuição de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária em face da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 63

Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Reestruturação de carreiras no âmbito da Administração Pública Federal. Procurador da Fazenda Nacional. *Pro labore*. Vantagem não estendida aos servidores aposentados. Inconstitucionalidade, 69

Rel.: Des. Federal Jirair Aram Meguerian

Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.023567-7/DF

1ª Seção – Reconhecimento de tempo de serviço rural. Regime de economia familiar. Declaração de sindicato homologada pelo Ministério Público, 75

Rel.: Des. Federal Aloísio Palmeira Lima

Embargos Infringentes na Apelação Cível 1999.01.00.094334-4/DF

2ª Seção – Conflito de competência. Transferências fraudulentas via internet. Consumação no local do dano, 78

Rel.: Des. Federal Hilton Queiroz

Conflito de Competência 2006.01.00.038040-5/GO

3ª Seção – Responsabilidade civil. Inclusão unilateral do nome de correntista no SPC. Ausência de notificação prévia, 80

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

Embargos Infringentes na Apelação Cível 1999.38.00.036389-1/MG

4ª Seção – Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Lei 7.713/1988. Vedação da bitributação, 83

Rel. p/ acórdão: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Embargos Infringentes na Apelação Cível 2000.38.00.028281-7/MG

1ª Turma – Servidor Público. Retratação de pedido de exoneração. Retorno ao cargo, 92

Rel.: Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança 2002.31.00.000456-1/AP

2ª Turma – Ação civil pública. Cargos em comissão. Proibição de nomeação de servidores aposentados compulsoriamente ou com mais de setenta anos. Emenda Constitucional 20/1998. Alteração do art. 40 da CF. Limitação da vedação outrora existente, 95

Rel.: Des. Federal Neuza Alves

Apelação Cível 2001.35.00.016771-8/GO

3ª Turma – Contrabando e descaminho. Ausência de advogado durante o inquérito policial. Retratação do réu em juízo. Princípio da insignificância, 103

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Apelação Criminal 2004.38.02.001512-9/MG

4ª Turma – Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Rádio clandestina. Radiodifusão comunitária. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade, 108

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro

Apelação Criminal 2002.38.02.002651-1/MG

5ª Turma – Ação ordinária de anulação de atos administrativos. Novação das dívidas e Enunciado 128 do TCU. Ônus da prova. Dívidas executadas e inexistência de provas e da inobservância de normas internas, 121

Rel.: Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado)

Apelação Cível 1997.34.00.000644-7/DF

6ª Turma – Ação de indenização. Safra de algodão. Errônea classificação. Revisão. Prazo, 127

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro

Apelação Cível 2004.35.00.023217-0/GO

7ª Turma – Tutela antecipada. Liberação de veículo. Transporte de mercadorias estrangeiras internadas no país desacompanhadas de documentação regular. Descabimento, 131

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravo de Instrumento 2005.01.00.003159-7/DF

8ª Turma – Ação anulatória. Autos de infração. Lançamento de ofício. CSLL. MP 812/1994. Compensação dos

prejuízos acima do limite de 30%. Postergação do pagamento do tributo. Lucros tributáveis. Denúncia espontânea, 134

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelação Cível 2001.32.00.001385-1/AM

Decisões Monocráticas

Mandado de segurança. Liminar. Agravo de instrumento. Ensino superior. Matrícula no Curso de Medicina da Universidade Federal de Goiás. Transferência *ex officio*. Militar. Nomeação para cargo de missão diplomática no exterior. Exoneração, 141

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Ag 2006.01.00.041206-2/GO

Mandado de segurança. Liminar. Agravo de Instrumento. Transporte irregular de madeira. Apreensão. Ausência do Documento de Origem Florestal – DOF. Caráter satisfativo da liminar, 143

Rel.: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva
Ag 2006.01.00.045859-1/PA

JEFs em Revista

Pedido de Uniformização Regional. FGTS. Expurgos inflacionários relativos aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990. Não comprovação da existência de acordo nos autos, 145

Rel.: Juíza Federal Maria Edna Fagundes Veloso
Pedido de uniformização de jurisprudência 2003.38.00.703494-7/MG

Previdenciário. Aposentadoria rural. Ausência de requerimento administrativo. Interesse de agir. Extinção do processo, 146

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Recurso 2006.38.00.734283-6/MG

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Sentença ilíquida. Questão de ordem pública. Anulação. Art. 38, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, 147

Rel.: Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Recurso 2006.38.00.742026-4/MG

Breviário

Confira outros assuntos relevantes julgados pelo TRF-1ª Região, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet (www.trf1.gov.br), 149

Ação de desapropriação. Levantamento de depósito. Carta precatória.

Concurso público. Membro de banca examinadora. Aulas em curso preparatório.

Inquérito civil público. Improbidade administrativa. Quebra de sigilo de cartões de crédito.

Reserva biológica. Criação. Omissão.

Pensão militar. Dependentes.

Roubo qualificado. Desclassificação não operada. Materialidade e autoria comprovadas.

Ação popular. Comissão parlamentar de inquérito. Provas sem autorização judicial.

Peculato. Apossamento de valores. Corpo de delito. Fixação da pena.

Responsabilidade civil. Danos causados por “sem terra”.

Terra indígena demarcada. Títulos dominiais. Terra nua. Benfeitorias.

Concurso público. Técnico da Receita Federal.

Execução fiscal. Pólo passivo da execução. Inclusão do sócio. Débito para com a seguridade social.

Imposto de Importação. Evasão fiscal configurada.

Embargos à execução. Estatuto social. Não exigência.

Apólices da dívida pública. Pagamento de tributos federais. Prescrição.

Transporte de carga. Excesso de peso. Multa. Erro de fato não ocorrente.

Estatística, 155

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 165

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 167

Lançando luzes para 2007

Em um dos seus muitos poemas, Drummond afirma ter sido genial aquele indivíduo que teve a idéia de cortar o tempo em fatias, dando-lhes o nome de ANO.

Industrializou a esperança,
fazendo-a funcionar no limite da exaustão.
Doze meses dão para qualquer ser humano se cansar
e entregar os pontos.

Aí entra o milagre da renovação
e tudo começa outra vez,
com outro número e outra vontade de acreditar
que daqui pra diante vai ser diferente...

Como em todos os anos, o novo 2007 resplandeceu esperanças. Uns se vestiram de branco e outros de amarelo para atrair a paz, a riqueza ou, se possível, ambas. Uns fizeram no mar oferendas para Iemanjá, outros oraram em templos e sinagogas. Uns comeram sete bagos de uvas verdes, outros, lentilhas misturadas ao arroz. Fosse qual fosse o credo, ou a credence, todos nós nos encontrávamos imbuídos do mesmo propósito: atrair sorte, saúde, prosperidade.

Mas, como advertiu o mesmo Drummond, em outro de seus notáveis poemas,
Para ganhar um Ano Novo
que mereça este nome,
você, meu caro, tem de merecê-lo
tem de fazê-lo de novo, eu sei que não é fácil,
mas tente, experimente, consciente.
É dentro de você que o Ano Novo
cochila e espera desde sempre.

E 2007 começou como se não estivéssemos a merecê-lo: enormes estragos causados pelas fortes chuvas, a cratera no metrô em São Paulo, como uma garganta monstruosa, a devorar tudo. Ônibus incendiados, população em pânico, violência urbana e no campo. Na política, indecisões na escolha dos novos ministros, disputas pela Presidência da Câmara, pacote econômico para acelerar a economia — *mais um, meu Deus!*

Que remédio, senão renovar as esperanças e acreditar que daqui para frente tudo vai ser diferente? Para melhor, assim esperamos...

Que haja mais comida na mesa do pobre, à custa do seu trabalho, e que haja mais trabalho para engrandecer o País. Que haja mais crianças nas escolas e menos criminalidade, para que possamos formar cidadãos livres, e não bandidos comprometidos com o crime. Que o Bolsa-Família, Bolsa-Escola e quantas mais bolsas inventarem sejam a mão que auxilia e não a esmola que envergonha. Que consigamos recuperar não somente a Fé, mas, sobretudo, a dignidade. *É dentro de nós que o Ano Novo cochila e espera, desde sempre!*

A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região procura ser mais que um repertório de doutrina e jurisprudência. Não foi por acaso que o Desembargador Federal Luciano Tolentino do Amaral, no início da sua gestão, apontou como objetivo da Revista proporcionar uma leitura ampla do jurídico, resgatando para o seu âmbito o enorme espectro de conhecimento das ciências humanas.

É a crença no retorno do *ser integral* do *Século das Luzes*, contrastando com toda essa barbárie do nosso século, típica da Idade Média.

Contribuir para o auto-aprimoramento, por meio do estudo do metajurídico. Existirá proposta melhor que essa, para um ano que se inicia com tantas sombras?

“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

Tradução: “Eu prometo exercer as funções de meu grau sempre fiel aos princípios da probidade e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo justiça e promovendo os bons costumes, jamais faltar à causa da humanidade”.

Suavidade também faz magistratura firme

Maria do Carmo Cardoso*

Por Maria Carolina Ribeiro

A Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso é uma dessas pessoas que se encanta com a simplicidade do mundo na mesma proporção em que encanta o mundo por sua própria simplicidade. A fala é suave, o olhar é terno e a aparência é tímida, mas elegante. Parece não abrir mão de sua feminilidade mesmo quando exerce uma profissão que seu pai considerava exclusivamente masculina.



À frente de seu gabinete, entretanto, sabe dosar suas ternas qualidades com a firmeza e a autoridade que o cargo de Desembargadora exige. O resultado é uma prestação jurisdicional equilibrada que só beneficia a sociedade.

Membro da 8ª Turma do Tribunal, a Desembargadora julga causas de natureza tributária e financeira, além de causas relativas a conselhos profissionais. Compõe também o Conselho Editorial desta Revista, com a qual contribui selecionando artigos doutrinários, tópicos jurídicos, acórdãos, enfim, matéria de interesse jurídico ou de interesse geral que proporcione o conhecimento interdisciplinar tão necessário num universo globalizado.

Cercada de livros — sobre sua mesa ou nas estantes do gabinete — revela que sempre aspirou à magistratura, especialmente por conta da lembrança de um advogado que conhecera na infância, possuidor de uma biblioteca que lhe encantava. Se for mesmo assim, pode-se dizer que a Desembargadora Maria do Carmo Cardoso realizou seus sonhos: ascendeu à judicatura e adquiriu sua própria coleção de livros.

Revista: A senhora nasceu em Londrina, formou-se no Rio de Janeiro e advogou em Brasília. Conte-nos um pouco sobre a sua história. A carreira jurídica sempre esteve em seus planos de vida?

Maria do Carmo: Sim, desde muito pequena. Eu nunca quis outra profissão a não ser na área jurídica. Em Londrina, onde nasci, havia um prefeito chamado Oscar de Novaes — um advogado maravilhoso, um dos baluartes da advocacia paranaense —, que era compadre de meu pai. Nós sempre íamos visitá-lo; ele tinha uma casa em que funcionava o seu escritório, e, nessa casa, havia uma biblioteca imensa. Quando pequena, eu olhava aquela biblioteca e achava aquilo maravilhoso, um sonho...

Quando fiz o vestibular para Direito, contrariei

meu pai — gaúcho, filho de português com espanhol, não era nada fácil. Para ele, a carreira jurídica não era para mulher. Ele tinha tido várias decepções com advogados, portanto era uma carreira que ele jamais permitiria que eu fizesse. Ele queria que eu fosse médica ou professora. Mas eu fiz o vestibular para Direito, na UEL — Universidade Estadual de Londrina, uma excelente faculdade. Na época, anos atrás, o vestibular era um evento grandioso, alvissareiro. Saía no jornal, liam a classificação dos aprovados na televisão. Toda a família sabia que eu havia prestado vestibular, mas não sabiam que eu havia me inscrito para o curso de Direito. Meu pai entendeu que seria para Medicina. Eu me lembro que, na época, a televisão era em preto e branco, e ele viu o relato da lista dos aprovados em Medicina... Meu coração estava disparado quando meu pai disse: “Ah! Você não passou, que absurdo!”. Eu, tremendo, não falei nada, absolutamente nada.

* Desembargadora Federal do TRF 1ª Região.

Começaram, então, a anunciar a lista dos aprovados em Direito, e eu cheguei a rezar para que meu nome não estivesse ali. Nunca poderia imaginar que meu pai estaria ao meu lado naquela hora. A relação começou a ser anunciada, mas só até o sexto candidato classificado. Entrou no ar uma propaganda, e eu pensei: “Só passaram seis. Que bom!”. Quando voltaram com a relação, meu nome foi o primeiro a ser anunciado — eu era a sétima colocada! Meu pai disse: “Não, eles erraram. Colocaram seu nome no lugar errado”. Eu continuei calada, não pude nem comemorar. Fiquei, realmente, sem saber o que fazer; não dormi naquela noite porque meu pai dissera: “Nós vamos cedo lá, na universidade, para resolver isso”. Minha mãe teve nove filhos, eu sou a caçula das meninas. Depois de mim, nasceram três irmãos homens, mas o caçula, na verdade, faleceu com doze anos — eu tive mais duas irmãs que faleceram também. Lá em casa, eu era a mais calada, a mais quietinha, não tinha muitas atividades. Meu pai era uma pessoa severa, que não permitia amizades, namoro, saídas. Nós tínhamos uma vida bem regrada, e a minha rotina era escola, casa e missa. Então, no dia seguinte, chegando à universidade, eu tive de me valer de todos os esforços para dizer: “Pai, eu fiz o vestibular para Direito”. Na hora ele retrucou: “O quê!? Você não vai seguir essa carreira! Não é possível! Todo advogado é mau caráter, não presta!”. Ele não queria sequer que eu me matriculasse. Eu tentava manter calma: “É exatamente por isso que quero ser advogada, para mostrar ao senhor que é possível!”. Foi assim que consegui convencê-lo, e ele permitiu que eu me inscrevesse. Acho que isso mostra como eu sempre soube o que queria.

Revista: A senhora pretendia mesmo advogar ou já almejava a magistratura?

Maria do Carmo: Comecei com a advocacia, mas meus planos sempre foram seguir a magistratura, sempre, sempre. Só que o advogado trabalha para sobreviver, não pode parar para estudar, não tem esse luxo, e eu, principalmente, que venho de uma família muito simples, muito humilde, não tinha condições financeiras. Depois, eu me casei, mas ainda não tinha condições financeiras de parar para estudar. Na verdade, a minha advocacia começou no Rio de Janeiro. Fiz um concurso para a área jurídica do Banco do Estado do Paraná, em 1982, passei e fiquei no Rio de Ja-

neiro, advogando pela manhã, no banco, e à tarde, no escritório de uma amiga com quem dividia o espaço. Isso até 1985, quando retornei para Brasília. Aqui, o banco não tinha área jurídica. Como meu salário não poderia ser diminuído, fui alocada como gerente de operações especiais. Aceitei o cargo, insatisfeitíssima, porque queria advogar, praticar, exercer a minha profissão. Lá fiquei por um ano. Em 1986, o Procurador da República Dr. Antônio Carlos Fonseca da Silva me convidou para que abrissemos o nosso escritório. Assim fizemos, os dois sem dinheiro... Eu ainda trabalhava no banco, pedi exoneração, mas eles apenas me concederam uma licença sem vencimentos, por um ano, porque entendiam que eu deveria voltar, já que, modéstia à parte, fui uma excelente gerente em operações especiais. Acho que quando se faz alguma coisa, ainda que não se goste, tem de ser bem feita. E eu fiz tão bem que o banco não queria que eu saísse.

Enfim, alugamos uma salinha no edifício Serra Dourada, no 7º andar — para se ter idéia, o elevador ia até o 6º andar. Não tínhamos telefone — o telefone na época era caríssimo —, não tínhamos secretária. Nós mesmos fazíamos, de vez em quando, uma faxina no escritório, semana sim, semana não. Era difícil, não tínhamos computador; na época, tínhamos conseguido comprar uma máquina de escrever elétrica. Foi assim que comecei na advocacia aqui em Brasília e, com a graças de Deus, não parei mais. Nem poderia, porque eu tinha de cavar do chão. Por isso, não podia fazer concurso para juíza, não tinha tempo para estudar.

Passados alguns anos, em 1990/1991, resolvi fazer o concurso para a carreira de juiz do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. A Ministra Eliana Calmon, na época juíza do Tribunal, aconselhou-me a não prosseguir, por causa da minha família. Como eu faria? Se passasse, teria, com certeza, de ir para outro Estado, porque na época só existiam sete varas no DF, e não havia a menor possibilidade de ampliação da Seção Judiciária do DF, nenhum projeto de lei, nada. Ela achava que eu nem deveria tentar, porque seria um problema na minha vida e, realmente, segui esse conselho, porque tinha três filhos ainda pequenos, meu marido... Como poderia deixar a estrutura familiar? Ficaria muito difícil. Desisti, então, dessa possibilidade, mas continuei estudando, trabalhando muito.

Fui eleita conselheira da OAB. Mais tarde, fui convidada pela Seccional do Distrito Federal para

compor a lista para o Tribunal. Eu me senti muito honrada com o convite, principalmente porque era do Distrito Federal. Esse é um processo muito estressante, muito pior do que qualquer concurso que você possa imaginar. A primeira etapa é perante a própria seccional da OAB: você se inscreve após dez anos de exercício da advocacia efetivamente comprovados por certidões de todos os Tribunais e Varas que se tenha advogado, juntei uma certidão maravilhosa no STJ, na época eu já tinha 21 anos de advocacia. Quando ingressei no Tribunal tinha 22 anos e meio de profissão.

Revista: Em que ano aconteceu tudo isso?

Maria do Carmo: O processo de seleção se iniciou no final de 1999. Quando me inscrevi, inscreveram-se vários outros advogados. A lista ficou imensa. Antes da votação, na seccional da OAB, tem-se de fazer uma explanação ao Conselho Seccional. Após essa explanação, na votação do Conselho Seccional, fiquei em 1º lugar, graças a Deus. Em seguida, a lista vai para o Conselho Federal. Como a 1ª Região é composta de 14 estados, cada estado envia uma lista sêxtupla para o Conselho Federal, que é composto por 27 comissões — porque são 27 estados. Cada comissão é formada por três membros. Tive de passar por todo esse processo de seleção para conseguir. Então, é feita uma sabatina. Todos os candidatos que compõem essas listas — se não me engano, éramos 72 candidatos — são sabatinados. É tudo muito estressante, porque, além da técnica jurídica, do conhecimento, tem a questão política — não política de politicagem, mas uma política de conhecimento, não só na área jurídica. De todas essas listas, sai uma lista sêxtupla, votada pelos membros do Conselho Federal, pelas representações dos estados. Nessa votação, fiquei em 3º lugar (na lista sêxtupla do Conselho Federal). Essa lista, então, foi encaminhada ao Tribunal, que fez, por votação, uma lista tríplice. Desta vez, fiquei em 2º lugar. A lista tríplice ficou nas mãos do Presidente da República durante nove meses. Era uma situação que comparo a uma gangorra: de manhã, você estava em cima, à noite, embaixo, porque, nessa fase, é uma questão meramente política, não entra o conhecimento jurídico. Como todos os ministros dos Tribunais Superiores e os demais desembargadores são nomeados por lista tríplice, todos passam por um crivo político. Foi uma luta, mas estive em excelente companhia, porque,

nessa lista, estavam comigo nomes de grande peso na advocacia do Brasil, como o do Dr. Amaury Serralvo, de Brasília, e do Dr. José Pavão, do Maranhão.

No dia 28/12/2001, meu nome foi publicado no Diário Oficial. Liguei para o então Presidente deste Tribunal, por quem tenho grande respeito, Juiz Tourinho Neto. Ele me perguntou quando eu gostaria de tomar posse e eu respondi: “Hoje!”. Daquele jeito objetivo que é próprio dele, ele me perguntou em que hora, e eu respondi: “Dezenove horas”. “Por que dezenove?”, ele quis saber. “Porque, às dezoito horas, eu marquei com um padre para benzer o nosso novo escritório” — expliquei. Tínhamos comprado, eu e meu marido — quero registrar, o meu grande companheiro e incentivador de todo esse processo — uma sala em outro prédio, terminamos a reforma no dia 22 e estávamos fazendo a mudança. Olha só que coisa maravilhosa! O padre fez a benção no escritório às dezoito horas, e eu tomei posse às dezenove. Reconheço e agradeço o grande esforço do Dr. Felipe, que, na época, era Diretor do Tribunal, e do Juiz Tourinho Neto, que, com o Tribunal em recesso, agilizaram tudo para que eu tomasse posse no mesmo dia. Isso foi até matéria de jornais, como O Globo. No dia 29, viajamos eu e minha família, porque a viagem já estava programada, e foi a melhor noite da minha vida, depois de tanta luta, porque, entre o início desse processo de seleção e a minha posse, foram dois anos e meio de pressão. E, depois que você entra no processo, tem responsabilidades, não pode ser de qualquer jeito. Foi assim que vim para este Tribunal.

Revista: Era mesmo para a senhora ser magistrada.

Maria do Carmo: Com a graça de Deus. Neste prédio, funcionava o Tribunal Federal de Recursos, onde advoguei por muitos anos, desde 86, e onde atuavam ministros, velhos amigos da época. Esse sempre foi o tribunal em que eu mais gostava de advogar. Atuei nos cinco Tribunais Regionais Federais, e o Tribunal da Primeira Região sempre foi para mim um encanto. Sempre admirei os juizes deste Tribunal, havia uma familiaridade até com o prédio em si. Estou muito feliz, adoro o que faço, agradeço a Deus todos os dias por estar aqui; peço ao Espírito Santo que sempre me ilumine em tudo que faço, pois faço com alegria, com amor e farei sempre. Gosto de todos os meus colegas, não tenho restrição a nenhum, muito pelo contrário,

admiro a todos. Passei por uma dificuldade muito grande há um ano, uma grande tristeza, e recebi o apoio de todos, incondicionalmente. Portanto, estou me sentindo em casa.

Revista: A senhora atuou como advogada no Rio e em Brasília. Como avalia a atuação dos advogados no Brasil?

Maria do Carmo: Vim da classe dos advogados pelo quinto constitucional. Advoguei vinte e dois anos e meio, computando o período de estágio, porque passei a estagiar logo no segundo semestre de faculdade. Digo com muita tristeza: comecei a lecionar na AEUDEF no segundo semestre de 1986. À época, só tínhamos em Brasília a AEUDEF, o UniCEUB e a UnB com curso de Direito. Existia uma rixa saudável entre as faculdades, queríamos aprovar o maior número de alunos nos concursos de juiz, promotor, delegado. A AEUDEF, realmente, era a que mais aprovava, passava em muito o índice de aprovação da UnB. Isso porque tínhamos um corpo docente de alto nível, os alunos eram muito interessados, e você se motiva quando o aluno está motivado.

Mas, no decorrer dos anos, você vai recebendo alunos despreparados na base, que chegam sem condições de estar numa universidade. Não estou falando em condições sociais, mas em condições intelectuais e de conhecimento. O Estado deve cuidar do aluno desde o pré-primário, na alimentação, na educação, na cultura, e, infelizmente, nossos alunos não têm cultura — têm conhecimento, mas não têm cultura. Comecei a sentir, no passar dos anos, que os alunos vinham cada vez muito pior.

Em 1993, pedi licença na AEUDEF, porque estava advogando num caso muito rumoroso no Brasil e, cada vez que chegava em sala de aula, os alunos questionavam sobre o assunto. Comecei também a ter problemas ao acomodar minhas agendas, porque tinha de percorrer o Brasil todo: eram intimações, oitivas de testemunhas... Em 1995, meu marido lecionava, também na AEUDEF, e nós conversávamos muito sobre isso. Ele dizia: “Realmente é uma pena, mas, a cada dia que passa, eles estão vindo piores.” O aluno vinha da base ruim mesmo; não estou generalizando, não estou dizendo 100%, mas, miseravelmente, 50% vinham mal preparados.

Os professores tentavam fazer com que os alunos crescessem, buscassem mais, se aprimorassem. Sempre disse aos meus alunos: “Vocês têm aqui, meramente, um indicativo, porque, com relação a conhecimento, vocês têm de buscá-lo.” Temos grandes bibliotecas no Ministério da Justiça, no Senado, e eu as indicava para que eles fossem buscar esse conhecimento. Tive vários alunos que hoje ocupam posições de destaque, juizes, promotores, delegados da Polícia Federal e Civil.

Hoje, vejo que os cursos universitários não são os mesmos — digo isso porque tenho duas filhas que se graduaram em Direito. Não vou mencionar as faculdades, claro, mas senti muito despreparo, inclusive no corpo docente. Não senti aquela seriedade — não sei se é seriedade o termo correto — mas o aluno não quer receber, e o professor não se motiva a dar. Não vejo bom preparo.

Revista: A senhora vê alguma solução?

Maria do Carmo: O exame da Ordem dos Advogados é uma peneira excelente, acho que o exame da Ordem deve continuar. Fui Presidente do Exame de Ordem no Conselho da Seccional do DF no primeiro exame obrigatório, porque os anteriores não eram. Com o exame da Ordem, os bacharéis, de certa forma, esforçam-se para passar. Se formos contar, na advocacia, hoje, apenas 2% tem sucesso, principalmente no Distrito Federal, porque aqui é uma cidade meramente estatal; não temos indústria, não temos agricultura, não temos um comércio pesado. Na verdade, no DF, os advogados têm atuação limitada. Precisam representar escritórios de fora ou advogar para os funcionários públicos; não temos uma rotatividade de demandas que justifique um número tão grande de advogados. A maioria dos bacharéis que se forma em Brasília dedica-se a concursos.

Como Desembargadora Federal, compoño a 8ª Turma, cuja especialidade é Direito Tributário e conselhos profissionais. Sinto a carência de preparo dos advogados nas petições. Muitas vezes o direito da parte é muito bom, mas muito mal defendido. Quando compus a 3ª Seção, cheguei, inclusive, a encaminhar à seccional da Ordem dos Advogados em que um advogado era registrado documentos pedindo que se fizesse uma apuração da capacidade dele, diante dos absurdos que testemunhei. Sinto que a advocacia é uma

profissão maravilhosa, acho que todos deveriam fazer o curso de Direito, pelo menos para saber dos seus direitos e ter essa capacidade de visão, mas, infelizmente, hoje, as universidades que estão aí precisariam de uma reciclagem, pois estão colocando no mercado graduados que não têm condições de advogar. Na verdade, o aluno, com sacrifício, paga uma mensalidade caríssima e sai da faculdade sem o conhecimento que ele foi buscar. Isso é uma ilusão que eu chamo de estelionato.

Revista: E quanto às universidades federais?

Maria do Carmo: Eu vim de uma universidade federal, a UFRJ, nossa turma era de 28 alunos. A maioria dos alunos, infelizmente, não tem condições de competir no vestibular das universidades federais, porque concorre, hoje, com pessoas de poder aquisitivo alto, que não precisam trabalhar, só estudar. E estas pessoas conseguem, tranqüilamente, ingressar nas universidades federais. Fica à margem o necessitado, que não tem condições de disputa. Isso é muito triste. Já as instituições educacionais privadas, hoje, no Brasil, são grandes fontes de lucro. Você poderia dizer: “Mas, então, mais do que nunca, essas faculdades deveriam fazer com que esses alunos sássem de lá bem preparados, com cultura!”. Mas isso não é feito. Tenho muita preocupação se tudo isso continuar como está. Penso que o Conselho Federal da OAB tem de tomar uma posição mais rígida. E o MEC também, porque este joga para o Conselho Federal uma responsabilidade que não é só dele, e o MEC também tem de ter uma fiscalização mais acintosa, mais rígida. Ambos, nessa projeção, terão de se dedicar a essa fiscalização sob pena de termos pessoas graduadas sem a menor condição de advogar.

Revista: E quanto aos magistrados, eles estão bem preparados? Como a senhora avalia a magistratura brasileira?

Maria do Carmo: Fico muito triste quando abro os jornais e encontro aquelas manchetes horríveis, afirmando que juiz foi preso, em razão de cometimento de atos ilícitos no exercício da magistratura. Acho que não há coisa mais triste para um magistrado do que ver isso. Fiquei muito chocada com aquele magistrado Presidente do Tribunal de Justiça que foi preso e

algemado. Aquilo foi uma imagem chocante que prejudica toda a Justiça brasileira, porque, na verdade, a sociedade vê no Poder Judiciário a tábua de salvação. O Poder que o cidadão tem é o Poder Judiciário. Não há outro. Ele vê o Legislativo e o Executivo cada vez mais fragilizados e não se sente garantido em nenhum dos dois Poderes. Mas o Poder Judiciário, sim. Ele joga todas as suas esperanças aqui. E quando vejo aquela manchete, fico muito triste. Mas acho que aquilo não representa a magistratura do Brasil. Os juizes do Brasil são soldados abnegados. A magistratura é um sacerdócio, tem de ter vocação mesmo, e o magistrado brasileiro a tem. Toda a magistratura do Brasil é uma magistratura serena, equilibrada, preparada.

Confio muito no Conselho Nacional de Justiça, desde que ele se incumba de fazer o que está proposto na Constituição, e não ir por outros caminhos tortuosos. Hoje, penso que o Conselho Nacional de Justiça está se arrumando, colocando-se nos eixos. O problema é que os cidadãos estão usando o Conselho Nacional de Justiça para fazer pedido de preferência, porque ele faz uma representação de um processo que está há menos de um ano com o magistrado, que tem um volume de 12 mil processos, e o Conselho acata. Mas, na verdade, aquilo é um pedido de preferência. Penso que, nessas ocasiões, o Conselho não deveria nem processar tais pedidos porque é um absurdo, mas também penso que o Conselho Nacional de Justiça é um órgão independente. E, hoje, dirigido por uma grande magistrada, que é a Ministra Ellen Gracie, sei que aquele órgão vai cuidar da imagem do juiz, para que não fique tão negativada perante a sociedade. O Conselho deve primar por isso.

Revista: Com relação à reforma do Judiciário, que outras medidas a senhora considerou acertadas e quais a senhora considerou inconsistentes ou precipitadas?

Maria do Carmo: Falei do Conselho Nacional de Justiça e entendi que, realmente, há de se ter um conselho numa situação de preservar a magistratura. É esse o sentido do Conselho. Nos demais aspectos, a Emenda Constitucional 45 não me parece ter trazido grandes reformas no Judiciário. Ao contrário, foi um grande engodo para a sociedade, porque os parlamentares iam aos canais de televisão, rádio, jornais, dizer para a sociedade que agora os problemas do Judiciário seriam resolvidos.

Lembro-me de uma reportagem com uma determinada senhora, num canal de televisão, que disse que o processo dela já estava na Justiça há dez anos e que só agora, após a reforma, ele seria resolvido. Na verdade, o que se disse para a sociedade foi que essa Emenda Constitucional resolveria tudo. E, ao contrário, ela demonstrou uma grande falta de conhecimento do sistema judiciário, especialmente no que se refere à questão das férias coletivas. Ora, as férias coletivas jamais poderiam ser extintas, por meio de uma alteração na ordem constitucional, sem observar a LOMAN, uma lei que está vigente. Há uma contrariedade à própria LOMAN. Como se pode interferir diretamente na administração de um Tribunal como o nosso? Estamos tendo problemas institucionais seriíssimos, porque estamos tirando da base juízes federais para compor o Tribunal nas férias individuais dos desembargadores, o que desequilibra totalmente a 1ª instância. Estamos com varas deficitárias, com juízes acumulando processos, a insatisfação da sociedade é grande, e o Tribunal, por sua vez, tem um custo operacional muito alto. Os servidores dos gabinetes estão cansados, porque o gabinete não tem mais férias coletivas. Antes, permitia-se que o gabinete tivesse quinze dias de férias, então, havia um descanso no gabinete, que, agora, não existe mais. Enquanto um juiz está de férias, o outro está convocado, e o gabinete tem de funcionar integralmente. Vejo que essas mudanças, especialmente no que se refere às férias coletivas, foram realmente uma demonstração da falta de conhecimento do sistema jurídico no Brasil. Antes, havia as férias coletivas nos tribunais, só não havia férias coletivas para os juízes de primeira instância da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho. Na Justiça dos estados, havia. Somente ficavam ali os juízes plantonistas. Sempre defendi, na condição de advogada, que essas férias coletivas se estendessem também para os juízes federais e juízes trabalhistas, para que os advogados pudessem ter um descanso, pudessem respirar com a suspensão de prazos, só que isso não aconteceu. Para o advogado, hoje, é muito pior a situação. Se o Conselho Federal da OAB procurou isso como solução, foi um grande equívoco. Digo até que foi um tiro no pé, porque os advogados estão sofrendo, ansiosos, e não têm como dar continuidade a isso. Essas reformas do Judiciário não foram satisfatórias nem para o Poder Judiciário, nem para a sociedade. Não houve essa tão propalada celeridade processual. Alguns

parlamentares diziam: “Ora, agora, os juízes vão trabalhar” — como se os juízes nunca trabalhassem. Eles não entendem que os juízes, quando tinham férias coletivas, trabalhavam muito mais, porque vinham para os gabinetes antecipar pautas e organizar os processos. Mas está aí, e vamos ver se há uma possibilidade de reverter esse aspecto.

Revista: *Qual a sua visão em relação ao sistema tributário do Brasil? O que se precisa mudar com mais urgência?*

Maria do Carmo: O que todos os tributaristas do Brasil dizem e alguns parlamentares até ousam dizer é que o sistema de tributação no Brasil é totalmente errado, equivocado. O empresário, hoje, no Brasil, é tratado quase como um delinqüente. E o número de impostos para o empresário pagar é inacreditável, mas isso também repercute em desfavor do consumidor, claro. O empresário repassa esse tributo.

Se não revirmos essa forma de tributação no Brasil, vamos chegar ao ponto de um caos total. Da forma como está hoje, a sonegação é alta. Não se defende de forma alguma a sonegação, o Estado é obrigado a fazer uma fiscalização consciente, consistente. Defendo que o Estado, quando observa que uma empresa está deficitária na parte tributária, tem de socorrê-la antes que ela quebre. Tem de ir lá com o BNDES, com o SEBRAE, perguntar ao empresário o que está acontecendo. A partir dali, ajudar a empresa a se reerguer e não esperar a empresa falir, quebrar, deixar 1.000, 3.000, 5.000 pessoas desempregadas, prender os sócios, como se a prisão fosse resolver o problema, e não vai resolver.

Na verdade, o Estado tem de agir preventivamente. Na esfera tributária, na Secretaria da Receita Federal, no Ministério da Fazenda, não vejo nenhum ato preventivo. Nossas leis são bastante complicadas, e uma complicação, parece-me, direcionada, porque a matéria tributária no Brasil é dificilima. O juiz, para julgar essa matéria, tem de estar o tempo todo atualizado em toda essa legislação, que é complicadíssima. E por quê? Por que não equacionar isso de forma a criar um tributo único? Defendo muito o IVA, Imposto de Valor Agregado. No Chile, foi adotado o IVA, e o Chile hoje é uma das grandes potências da América Latina, inclusive com exportações para a Europa. Por que o Brasil não faz o mesmo? É necessário cons-

cientizar o empresário de que o imposto que ele está pagando também vai trazer retorno para ele. Mas, aí, tem de haver esse o retorno, o que, infelizmente, não tem ocorrido. Mas que há uma necessidade de mudança, há, e urgente.

Revista: E como o Poder Judiciário pode ajudar a equilibrar esse sistema no Brasil?

Maria do Carmo: O Poder Judiciário é o poder de socorro da sociedade. A intervenção do Judiciário é importantíssima para dar esse equilíbrio, para que a empresa consiga sobreviver, para que o Estado consiga receber e para que não haja desemprego e desequilíbrio nas relações. O Poder Judiciário, hoje, no Brasil, é o grande estabilizador dessas relações.

Revista: A senhora é membro do Conselho Editorial da Revista. O Conselho tem algum plano, alguma inovação para a publicação no Tribunal ou o trabalho vai ser mais um trabalho de assessoria para ajudar a escolher as matérias, os artigos?

Maria do Carmo: Quando o Desembargador Federal Luciano nos deu a honra de participar do Conselho Editorial da Revista, a proposta foi de colaboração nas edições, nas matérias a serem publicadas e nas idéias, também. Temos dado algumas idéias interessantes, eu, a Desembargadora Federal Selene de Almeida e a Juíza Federal Mônica Sifuentes. E o Diretor da Revista, uma pessoa excepcional, acata nossas idéias e, juntos, nós as aprimoramos. Somos um colegiado. E esse colegiado tem trazido algumas inovações para a Revista, inclusive esse aspecto mais pessoal nas entrevistas foi uma idéia do Diretor da Revista, sufragada pelo Conselho, integralmente.

Revista: A senhora gostaria de dizer algo mais aos nossos leitores?

Maria do Carmo: Gostaria de dizer que tenho uma família maravilhosa. Meu marido, Paulo Soares, a quem dedico todo o meu êxito e que hoje tem sua morada na casa do Pai, junto aos anjos, porque ele é muito especial; meus três filhos: duas filhas e um filho; três netos; minha mãe, que mora comigo. E esse aspecto da vida é muito importante: a família. Passei por uma experiência muito dolorosa há um ano e, se não fosse o carinho dos meus filhos, da minha família

e dos amigos do Tribunal, penso que sucumbiria, não teria conseguido. Trago para o Tribunal uma formação familiar, religiosa, que acho que todo magistrado tem de ter. Essa formação religiosa não significa que todos tenham de ter a mesma religião, mas a fé é imprescindível, acreditar em Deus sobre todas as coisas. E que Ele nos proteja para que possamos seguir em frente, cumprir a missão que nos deu, especialmente nessa área de julgar, que é a coisa mais difícil do mundo. Para julgar, há de se ter inspiração divina, porque é muito difícil.

Revista: O seu pai presenciou sua posse aqui no TRF?

Maria do Carmo: Infelizmente, não. Meu pai faleceu há 24 anos. Quando a minha filha do meio nasceu, meu pai faleceu. Mas minha mãe, sim; meu marido, sim. Penso que meu pai ficaria muito feliz comigo na advocacia. Ele veria que há advogados que não maculam a classe. Eu, graças a Deus, fui um desses.

- *Suum cuique tribuere*

Dar a cada um o que é seu

Ao lado de *Honeste vivere* (1117) e de *Alterum non laedere* (1118), pertence à tríade fundamental dos preceitos do direito romano, atribuída a Ulpiano (*Digesto*, 1,10,1) e confirmada nas *Institutiones* de Justiniano (1,1,3). Contudo é mais antigo: Gélio (13,24,1) e Cícero (*De legibus*, 1,6,9); também Cícero, em *De officiis* (1,5,15), delimita o âmbito do direito — entre outras coisas — *in... tribuendoque suum cuique*, retomando depois com frequência essa definição da função da justiça (cf. *De natura deorum*, 3,15,38, *De inventione*, 2,16, *De finibus*, 5,65; 5,67, *de republica*, 3,18). Esse conceito já está em Platão (cf. *A República*, 1,331e, e as apócrifas *Definitiones*, 411d) e em Aristóteles (fr. 85 Rose), aparecendo em vários autores posteriores (para uma relação, remeto a Stanley Pease 1039). Às vezes também é citado como *Unicuique suum!* e é nessa formulação que constitui um dos dois lemas do “Osservatore romano” (cf. também 1544). *A ciacuno il suo* [a cada um o seu] é expressão comum em italiano e título de um famoso romance de L. Sciascia, que justamente se inspira na primeira página do jornal da Santa Sé. São provérbios brasileiros afins *A cada santo sua lâmpada* e *O seu a seu dono* (para paralelos em outras línguas cf. Mota 36,156).

- *In dubio pro reo*

Na dúvida, decida-se em favor do réu

Esse é um dos lemas jurídicos latinos mais conhecidos hoje em dia, mas, nessa formulação, não remonta à Antiguidade. Todavia, esse conceito, que reflete a concepção de que se deve dar mais importância à proteção do inocente do que a punição do culpado, é expresso em diversos textos já no classicismo: primeiramente, o magistrado Paulo (*Digesto*, 42,1,38) define, a pedido de Antonino Pio, que, no caso de equipolência das razões, deve-se decidir *pro reo*, ou seja, a favor do “acusado” e não do “autor”; essa mesma norma já se encontrava em *Problemas* do Pseudo-Aristóteles (951a 20 ss.) e recorre em outros trechos do *Digesto* (por exemplo, Ulpiano [48,19,5] refere um pensamento de Trajano, segundo o qual era melhor deixar um culpado sem punição do que punir um inocente; Gaio [50,17,125] põe em confronto direto os *rei* e os *actores*), assim como Sêneca, o Retor (*Controversiae*, 1,5,3), que lembra: *Inter pares sententias mitior vincat*, “entre duas sentenças equipolentes, vença a mais moderada” (frases semelhantes também se encontram em Ulpiano, 34,5,10 e em Marcelo, 10,5,17,192). Na Idade Média, é muito importante um regulamento de Bonifácio VIII (*Liber sextus decretalium*, 5,12,11: *Cum sunt partium iura obscura reo favendum est potius quam actori*, “quando as razões das partes forem obscuras, deve-se favorecer o denunciado e não o autor”). Na praxe jurídica hodierna, baseiam-se nesse princípio sentenças como a absolvição por insuficiência de provas (tal fórmula, entre outras, foi abolida na Itália, na recente reforma do direito penal).

- *Nulla poena sine lege*

Não há pena sem lei

Esse é um dos princípios mais importantes do direito, sancionado pelo *Digesto* (Ulpiano, 50,16,131) e reafirmado nas famosas declarações do direito do homem das revoluções americana e francesa: Ninguém pode ser punido se não por força de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato cometido. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, a não ser nos casos previstos pela lei. Esse princípio foi explicitamente citado por Johannes Anselm von Feuerbach em seu *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1801,20, mas não é reconhecido no direito canônico. Essa frase costuma indicar, genericamente, que ninguém pode ser punido sem que transgrida uma lei precisa, sendo frequentemente usada em seu lugar, sem variação de significado, a fórmula *Nullum crimen sine lege*: na realidade tratava-se de duas normas diferentes, ainda que complementares, já que *Nulla poena sine lege* indicava propriamente a pena e *Nullum crimen* indicava o delito em si, esclarecendo que, se não é previsto, não pode ser considerado como tal (eventualmente com base em critérios analógicos).

Eis: a questão...

Maria Benáurea Santos*

Nesta edição, trato da locução “*eis que*” e do seu emprego particular e amplamente difundido no meio jurídico com o sentido de causa.

Denega a segurança, *eis que* o pedido não procede.
(Uma vez que/dado que/haja vista que.)

Gramáticos normativos de renome desaconselham o uso desta locução com o sentido de causa, restringindo seu emprego ao sentido temporal, equivalente a “*quando*” e a “*eis senão quando*”.

Seguia o monge pelo caminho, meditando com a natureza,
eis que um asno lhe interrompe a concentração e o andar.

Então o *eis que* como locução indicativa de causa constitui erro que deve ser extirpado de nossos textos? A questão não é tão simples. Se encararmos a gramática como conjunto imutável de regras, certamente não haverá escapatória: este uso está condenado. Se considerarmos que a gramática de qualquer língua não é um conjunto fechado nem parado no tempo, mas, como fenômeno mental e social, influencia e é influenciada pela sociedade, devemos refletir sobre, pelo menos, dois aspectos.

O primeiro aspecto é que o escritor entende perfeitamente esse uso, porque compartilha esse sentido e pode optar por reproduzi-lo; nada impede, porém, sendo até preferível, que o escritor, apesar de compreendê-lo, ao encontrá-lo em produções textuais de sua área, possa optar, em seus próprios textos, por observar a tradição gramatical, que não prevê o uso da referida expressão com o sentido de causa. Aí reside a prerrogativa do escritor como decisor lingüístico: privilegiar o uso em detrimento da norma ou o contrário.

O segundo aspecto diz respeito à capacidade de incorporação de inovações que é marca do nosso tempo. Nesse contexto, a evolução atinge não só o campo científico e tecnológico — a língua também evolui. Esta evolução lingüística não possui caráter qualitativo, não corresponde a melhoramento, mas a mudança, simplesmente. Para os falantes, parece mais natural aceitar incorporações de léxico, a chamada parte aberta do sistema. Assim, convivemos hoje com palavras como *deletar*, *blogueiro*, *internet*, que não existiam pelo fato lógico de que o conceito, que antecede a palavra, não existia. O fato lingüístico em foco envolve mudança não de léxico, mas de sentido. Embora mais incomum que o acréscimo no léxico, o uso num sentido diverso daquele que originariamente a palavra ou expressão contém é também possível. Fenômeno semelhante ocorreu recentemente com a preposição *através*, cujo emprego admitido pela gramática normativa era somente trazendo idéia de *atravessadamente*, *de lado a lado*. O uso difundido com o sentido de instrumento significando *por meio de/por intermédio de* levou a gramática a acolher essa acepção, que hoje em dia encontramos em nossos melhores dicionários.

Resumindo: a norma faz os costumes e os costumes fazem a norma.

* Mestre em Lingüística/UnB e revisora da Diedi/TRF 1ª Região.

Poligamia indígena e pensão por morte

Márcio Barbosa Maia*

1 Introdução

No ano de 2005, uma questão rara chegou ao conhecimento da Justiça Federal do Amapá. Depois de inúmeros e longos entraves administrativos, três indígenas — Masaupe Waiãpi, Anã Waiãpi e Sororo Waiãpi — postularam, por intermédio de ação civil proposta pelo Ministério Público Federal a pedido da FUNAI, a concessão de pensão por morte e o pagamento de saldos do FGTS em decorrência do falecimento do indígena Parara Waiãpi, que tinha exercido emprego formal e com o qual desfrutaram união matrimonial sob o pálio da poligamia.

A tradição cultural poligâmica da tribo Waiãpi encontra-se embasada em estudo antropológico invocado na inicial do processo acima mencionado, lavrada pelo ilustre e combativo Procurador da República, Dr. José Cardoso Lopes, da qual se transcreve os seguintes trechos:

Os Waiãpi vivem atualmente conforme padrões semelhantes aos que caracterizavam essa sociedade na segunda metade do século XIX, apesar das compulsões sofridas desse período até agora.

[...]

Essa endogamia constitui ainda para os Waiãpi do Amapari uma solução tida por ideal para os casamentos. Isso seria na realidade uma “tática de defesa” para evitar a dispersão do grupo local (P. Grenand: 1982, 121-123).

[...]

O grupo local é formado pela associação de várias famílias nucleares através de uma rede de relações entre parentes e afins, constituindo uma parentela local. *Na maioria dos casos, na região do Amapari, os grupos locais são formados pela junção de dois ou mais irmãos com suas respectivas famílias.* São grupos politicamente definidos e sua estabilidade depende da manutenção do equilíbrio e da harmonia entre seus membros...

[...]

Os Waiãpi observam uma regra de casamento preferencial entre primos cruzados — bilaterais — reais ou classificatórios. O casamento entre primos paralelos, que se chamam irmão/irmã

é incestuoso. Existem outros tipos de uniões condzentes com essa regra: a prática do levirato (a viúva se casa preferencialmente com o irmão de seu finado marido) e o sororato (*recomendado sob a forma de casamento poligâmico* e no caso do viúvo que se casa com a irmã de sua finada esposa)¹. [Grifos do original.]

Em virtude das peculiaridades da situação jurídica em questão, o caso despertou perplexidades e questionamentos de ordem jurídica, moral e antropológica, pois, segundo pensamento corrente, a entidade familiar monogâmica é a única forma de organização legítima que estrutura a sociedade brasileira.

Diante de tais perspectivas, é preciso lançar um olhar crítico sobre as instituições humanas e jurídicas no afã de se colher do substrato social os elementos necessários para o equacionamento da presente questão ou, ao menos, para estabelecer os pontos de reflexão que a temática sugere.

2 O Estado Democrático, o pluralismo político e as liberdades constitucionais conflitantes

A democracia não é a ditadura da maioria e, sim, um espaço político no qual as diferenças podem coexistir, mesmo porque o pluralismo político configura um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF/1988, art. 1º, V).

O pluralismo político, sob tal enfoque, irradia-se por diversos segmentos da vida normativo-social, constituindo-se em um prédio cujas bases propiciam-no a suportar todas as intempéries climáticas e os desafios vindouros. Se a estrutura for muito rígida, tal edificação sucumbirá, pois desafiou a realidade em que estava inserida. Consoante Ripert, “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignoran-

* Juiz federal em Minas Gerais e professor do Curso de Direito da Universidade de Uberaba.

¹ Trechos retirados da obra *Povos indígenas no Brasil*, São Paulo: CEDI, 1983, v. 3, conforme consta da inicial do Processo 2004.31.00.700374-6.*

do o Direito”². É dizer, o edifício normativo deve ter um alicerce compatível com as vicissitudes sociais, no afã de conviver sob o influxo das multifárias facetas de uma sociedade plural e antagonica.

As opiniões divergentes, o debate, as tensões existentes entre as classes sociais, políticas, religiosas, as guerras ideológicas vivenciadas diuturnamente por uma sociedade cada vez mais complexa são conseqüências inarredáveis de uma democracia pluralista. A verdade filosófica é sempre provisória e dialética, pois é fruto de pura tensão entre uma celeuma de posições científico-culturais incompatíveis entre si, mas cuja essência evoca a gama de mecanismos imprescindíveis para sua defesa e exercício, muitas vezes díspares, mas que estão subjacentes ao Estado democrático e que devem ser suportadas, *a priori*, pela sociedade política.

Por oportuno, veja-se a seguinte lição de Uadi Lammêgo Bulos:

O pluralismo político é um dos pilares do Estado brasileiro, decorrendo da democracia. Pluralismo significa participação plural na sociedade. [...] Segundo Bobbio, o pluralismo persegue formar uma “sociedade composta de vários centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado.”

[...]

Ao enunciar o pluralismo político como um dos fundamentos da República brasileira, o constituinte abriu caminho para a implantação definitiva (pelo menos em termos constitucionais) de uma democracia pluralista. Esta, por sua vez, abriga além do pluralismo político (art. 1º), os pluralismos: partidário (art. 17), econômico (art. 170), ideológico e educacional (art. 206, III), cultural (arts. 215 e 216) e de informação (art. 220, caput e § 5º).³

Convém assinalar que, ao lado dos diversos pluralismos acima invocados, não se pode perder de vista o pluralismo que deve existir no tocante à diversidade de agentes responsáveis pela interpretação da Constituição, a qual não pode se circunscrever apenas a

um círculo fechado de operadores jurídicos, os quais, muitas vezes, estão alheios à dinâmica dos movimentos sociais inerentes a uma sociedade historicamente aberta.

Paulo Bonavides procede a um exame da famosa construção doutrinária de Peter Häberle, no que concerne à necessidade de uma interpretação constitucional aberta, nestes termos:

Todo intérprete, afirma Häberle, “é orientado pela teoria e pela prática, mas essa prática, na sua essência, não se forma unicamente dos intérpretes oficiais da Constituição. A seguir, busca ele até certo ponto legitimar as influências, expectativas e pressões sociais a que o juiz inelutavelmente se acha exposto, contra os que, de maneira falsa e pouco realista, vêem nisso tão-somente uma ameaça a sua independência.

Aquelas influências e pressões — escreve ele — impedem a arbitrariedade na interpretação judicial. De sorte que a garantia da independência do juiz só se tolera na medida em que as outras funções estatais e o pluralismo público fornecem ‘material’ para a lei. Tudo isso vem em socorro da tese de que todos estão incluídos no processo de interpretação da Constituição”.

Quem circunscreve como jurista a interpretação ao círculo fechado e limitado dos intérpretes “de ofício”, não faz outra coisa, segundo o constitucionalista, senão iludir-se, empobrecendo ao mesmo passo a operação interpretativa. É aí que Häberle, categórico, acentua: “A Constituição nesse sentido é o espelho do público e da realidade. Não é porém apenas espelho senão também fonte luminosa, se nos for permitida essa comparação um tanto gráfica. Sua função é de direção.”⁴ [Grifei.]

Veja-se, assim, que não é dado ao órgão julgador, no exercício de suas precípuas atribuições, ignorar os elementos fornecidos pela realidade histórico-cultural, hauridos de seus conflitos e antagonismos, sob pena de se estabelecer uma hermenêutica fechada e, *ipso facto*, incompatível com uma sociedade plural e democrática.

Finalmente, afigura-se digna de relevante menção o pluralismo de paradigmas que giram em torno da própria concepção ideológico-política da ciência jurídica.

² Tal pensamento foi encontrado em uma placa de formatura de bacharéis em Direito da Universidade de Uberaba.

³ BULOS, 2003: 85.

⁴ BONAVIDES, 2001: 469.

Antônio Carlos Wolkmer, em alumiado artigo intitulado “Contribuição para o Projeto da Juridicidade Alternativa”, discorre sobre o pluralismo de paradigmas:

O esgotamento e a crise do atual paradigma da Ciência Jurídica tradicional — quer em sua vertente idealista-metafísica, quer em sua vertente formal-positivista — descortina, lenta e progressivamente, o horizonte para a mudança e a reconstrução de paradigmas, modelados tanto por contradiscursos desmistificadores que têm um amplo alcance crítico-pedagógico, quanto por novas proposições epistemológicas fundadas no pluralismo legal alternativo. A discussão e a articulação de um projeto alternativo que conduza a um “novo Direito” passa, hoje, necessariamente, pela redefinição de uma racionalidade emancipatória, pelo questionamento dos valores e pela fundamentação de uma ética política da “práxis comunitária”, pela redescoberta de um “novo sujeito histórico” e, finalmente, pelo reconhecimento dos movimentos e práticas sociais como fontes geradoras do pluralismo jurídico.

[...]

A construção de um novo paradigma que venha a legitimar uma ética política libertadora e um “novo Direito”, fundado no pluralismo alternativo, incorpora, obrigatoriamente, uma conceituação de ciência como processo emancipatório e uma reinvenção de racionalidade emancipadora, calcada na racionalidade prático-comunicativa. Interpretando com propriedade as proposições habermasianas, destaca Bárbara Freitag, que a razão comunicativa, sustáculo do mundo da vida, está ameaçada em sua existência pela interferência da razão instrumental-tecnocrática que mantém o mundo sistêmico.

[...]

É justamente através de uma razão dialógica, de uma nova racionalidade e de um entendimento comunicativo, que Habermas busca uma saída para a crise da ética hodierna, ou seja, a proposição de normas e valores para a ação humana que levem à emancipação dos sujeitos históricos e dos grupos sociais.⁵

Mais adiante, à guisa de exemplos de “novos sujeitos históricos” articulados com as exigências de “dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária das necessidades fundamentais das maiorias”, Antônio Carlos Wolkmer menciona a se-

guinte relação de pessoas constante dos registros do Instituto Histórico Centro-Americano de Manágua (Nicarágua):

a) o camponês ou o trabalhador agrícola, a quem a terra não proporciona o preço do que produz;

b) o emigrante rural que abandona, por falta de terra, o solo nativo em busca de novas fronteiras agrícolas, arriscando sua vida em regiões inóspitas;

c) os desempregados, que inclusive cruzam as fronteiras dos países, e também os trabalhadores eventuais;

d) nas cidades e nos complexos industriais, mineiros ou agroindustriais, o operário e o peão;

e) também nos subúrbios e vilas, a imensa população desempregada, marginalizada dos serviços urbanos, sem água, sem luz, sem outra casa que não seja um rancho precário e sempre insuficiente para acolher uma vida familiar;

f) *as populações indígenas, maiorias discriminadas ou minorias ameaçadas de serem arrasadas, os povoadores mais antigos do continente, que vivem em seu lugar de origem como se fossem estrangeiros... junto com os negros, mulatos, morenos sucessores dos escravos trazidos da África;*

g) as multidões de jovens da América Latina, maioria indiscutível da população;

h) as mulheres dessa maioria, duplamente exploradas e, no caso da mulher indígena ou negra, triplamente explorada pelo excesso que a exploração e a dominação social acrescenta à discriminação racial, inconfessa, porém real;

i) finalmente, determinados segmentos das classes médias latino-americanas, frustradas tantas vezes em seu idealismo de contribuir para a produção de reformas estruturais e vítimas outras tantas da obsessão de poder das classes altas.”⁶ [grifei].

Realmente, as populações indígenas e mais especificamente as mulheres indígenas ainda são objeto de inúmeros preconceitos e de exclusão social, o que reforça a preocupação em se consolidar, em termos de efetividade, um plexo de direitos e garantias mínimas aos mais antigos povoadores do Brasil e um dos formadores da consciência e da cultura nacional.

⁵ WOLKMER: 31, 33-34.

⁶ Ob. cit., p. 44-45.

3 Os costumes e as tradições indígenas à luz de uma democracia plural

Diante das diretrizes jurídicas ora invocadas é que deve ser lido o art. 231 da CF/1988, vazado nestes termos:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens.

Apesar da clareza do texto constitucional, o tema gera inúmeras polêmicas sob o fundamento do “mínimo ético” da visão etnocêntrica ocidental e diante dos cânones norteadores da declaração dos direitos humanos.

Sabe-se que, por razões de ordem sociológica, inúmeras tribos indígenas legitimam o costume de se retirar a vida de recém-nascidos mal formados ou deficientes ou até mesmo adotam rituais fúnebres com a prática da endofagia ou endocanibalismo. Uma matéria curiosa sobre a endofagia foi publicada na Revista Super Interessante de Agosto de 1997, p. 66-67, na qual constou o tópico “No purê de banana, as cinzas dos amigos”, em que retrata os rituais fúnebres dos Yanomamis, merecendo destaque a seguinte passagem:

O cadáver é pranteado e colocado sobre uma plataforma, fora da aldeia. A carne é separada dos ossos e cremada. Os ossos são limpos e moidos num pilão até virar cinza. No funeral, os vizinhos e aliados comem as cinzas com purê de banana.

A tribo dos Waris de Rondônia também adota a prática:

O corpo era cortado e os ossos, quebrados. Alguns órgãos eram cremados. Desfiados e estirados em uma esteira, eram comidos, entre lágrimas, com pão de milho assado. Quase sempre, o corpo já estava se deteriorando.

No caso dos Yanomamis, o funeral dura em torno de 20 dias. Segundo os usos, costumes e tradições desse povo, esse ritual é realizado com o fim de perpetuar o espírito do ente querido.⁷

Tais circunstâncias geram perplexidades dentro de uma visão tradicional do fenômeno jurídico. Mas a sociedade formal já está completamente impotente diante das barbáries perpetradas pelos “homens civilizados” deste país, que envolve toda sorte de crimes hediondos e uma alta taxa de corrupção, que compromete os investimentos em setores cruciais da sociedade, culminando em índices alarmantes de violência, de pobreza e de exclusão social. E o pior: não existe qualquer respaldo sociológico legítimo para tanto, a não ser a cupidez humana, ao contrário do que sucede com os costumes indígenas puros, que estão acima do bem e do mal.

A Justiça Estadual de Roraima, em interessante decisão e na esteira do entendimento ora defendido, autorizou a exumação de um índio yanomami de 2 anos que morreu em um hospital de Boa Vista e determinou, a pedido da FUNAI, a entrega dos restos mortais da criança indígena aos pais para a realização dos festejos fúnebres, possibilitando a preservação das tradições, usos e costumes do povo Yanomami.⁸

Em relação às entidades indígenas poligâmicas, não há qualquer razão de ordem ético-jurídica que possa ter o condão de lhes subtrair a fruição de todas as prerrogativas inerentes ao casamento monogâmico. Para atender ao programa normativo da Constituição, não basta lançar um olhar exótico, distante e meramente tolerante em relação aos costumes e tradições indígenas. Ao revés, é preciso a adoção de medidas concretas e efetivas conducentes à extensão insofismável de toda gama de direitos inerentes à entidade monogâmica, compatibilizando-os com as idiosincrasias das comunidades indígenas.

No que concerne à estrutura familiar, mais uma vez os parâmetros deixados pela chamada “civilização” não ajudam muito. Muitas vezes, a monogamia, um dos sustentáculos ideológicos da cultura ocidental, soa como discurso e prática hipócrita, tendo em vista a estatística alarmante acerca das relações conjugais adúlteras. E o Estado, a sua vez, não pode fechar as portas para essa forma de “poligamia sociológica”, devendo reconhecer os efeitos jurídicos daí decorrentes, em obséquio a valores e bens de *status* constitucional. Obviamente, tal circunstância não tem o condão de

⁷ Disponível em: <http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pág=noticia&id=4271>. Acesso em: 27/09/2006.

⁸ Disponível em: <http://www.tj.rr.gov.br/noticias/materia.php?titulo=folhadeboavista:ritual>

ferir a legitimidade cultural da instituição familiar monogâmica, mas lhe retira o capuz da infalibilidade.

A poligamia indígena, a seu turno, repousa fundamento no instinto de preservação da espécie, pois, em relação ao povo Waiãpi, configura uma “tática de defesa’ para evitar a dispersão do grupo local”.⁹

Aliás, a preservação da poligamia indígena, sob o ponto de vista histórico, soa como discurso compensatório das multifárias barbáries perpetradas em desfavor das comunidades indígenas em dado contexto histórico em que se tentou fazer valer a hegemonia dos valores ocidentais.

Friedrich Nietzsche, analisando os fundamentos históricos da vergonhosa escravidão, demonstra que o emprego da violência cristaliza, perante o Estado, os valores impostos pelos dominantes:

Os Gregos nos revelaram tanto através do instinto que tinham do direito das pessoas, que o apologeta da sua moralidade e da sua humanidade não cessou mesmo de proclamar, com voz de bronze, máximas como estas: “Ao vencedor pertencem o vencido com sua mulher e filhos, corpo e bens”. *“A força dá o primeiro direito” e “Não existe direito que, no seu princípio, não fosse abuso, usurpação e violência”.*

Vemos aí novamente com que obstinação impiedosa a natureza forjou — para chegar à sociedade — o cruel instrumento que é o Estado, quer dizer, este conquistador com mão de ferro, que não é senão a objetivação do instinto que acabamos de descrever.¹⁰ [Grifei.]

E a sociedade, muitas vezes, ainda se orgulha de alguns valores jurídicos que foram conquistados mediante o emprego da tirania, do desrespeito às minorias e do vilipêndio a mezinhas questões de ordem ética e moral.

O ordenamento jurídico nacional, ainda nos dias atuais, tenta resistir ao reconhecimento efetivo da poligamia indígena como uma instituição legítima. Tal relação, à luz do direito positivo, que é extremamente apegado aos carimbos, papéis e filigranas legais, não passaria de uma relação de fato entre companheiros. E o pior: de natureza adúltera! Vale dizer, se o matrimônio não for “selado, registrado, carimbado, avalia-

do e rotulado”, como diz o poeta¹¹, não corresponderá ao instituto legal do casamento.

Veja-se que o preconceito legal subverte a ordem constitucional, na medida em que submete os indígenas a parâmetros jurídicos alheios aos usos, costumes e tradições de seu povo, constringendo-os a seguirem as normas e os procedimentos ordinários no contexto do exercício dos direitos vinculados ao instituto do casamento, em franco arrepio ao art. 231 da CF/1988 e do art. 1º do parágrafo único do art. 1º da Lei 6.001, de 19/12/1973 (Estatuto do Índio), assim redigido:

aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Mesmo assim, o Estado se omite em regulamentar a “certidão de casamento poligâmico”, submetendo os povos indígenas ao dever de demonstrar a veracidade de suas relações poligâmicas consoante os parâmetros das regras jurídico-processuais convencionais.

4 A pensão por morte na ótica do princípio da solidariedade

Em contrapartida, o princípio da solidariedade, um dos mais belos de nosso ordenamento jurídico, norteia o Direito Previdenciário e, por isso, constitui outro subsídio normativo para o estabelecimento do sentido e alcance do instituto da pensão por morte. De resto, o princípio da solidariedade foi erigido ao *status* de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF/1988, art. 3º, I) e, sob tal enfoque normativo, deve prevalecer quando entrar em conflito com regras legais incompatíveis com a sua essência jurídica.

Os princípios fundamentais, dentro da ótica da tetradimensionalidade funcional¹², ostentam as funções interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa e,

⁹ Conforme citação consignada na nota 1.

¹⁰ NIETZSCHE.

¹¹ Conforme trecho da música “Carimbador Maluco”, de autoria de Vinicius de Moraes e interpretada por Raul Seixas.

¹² BONAVIDES, 2001: 255.

no contexto do pós-positivismo jurídico, têm prevalência sobre as regras.

À luz de tais diretrizes jurídicas, inúmeros precedentes judiciais deram primazia ao princípio da solidariedade em sobreposição aos dispositivos legais da Lei de Benefícios – Lei 8.213/1991 – que não contemplaram os homossexuais e os componentes das relações adulterinas como destinatários legítimos da pensão por morte.

No tocante ao reconhecimento do direito à pensão por morte no contexto de uma relação adulterina, destaca-se o julgado do TRF da 3ª Região em que reconhece, expressamente, a prevalência do princípio da solidariedade sobre a regra do art. 16, § 3º, da Lei 8.213/1991, nestes termos:

Possível que companheira adulterina faça “jus!”, desde que demonstrados os requisitos legais à pensão por morte. A despeito da redação do art. 16, § 3º, da Lei 8.213/1991, há que prevalecer, em matéria previdenciária, o princípio da solidariedade.¹³

À sua vez, os homossexuais, histórica e injustamente discriminados em muitos setores do ordenamento jurídico brasileiro, também conquistaram, na jurisprudência, o direito à pensão por morte.

O eminente Desembargador Federal Tourinho Neto, com sua argúcia de jurista e sua sensibilidade humana, relatou um lapidar acórdão do TRF da 1ª Região acerca da temática, assim ementado:

Previdenciário. O direito à pensão por morte ao companheiro homossexual.

1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais.

2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário.

3. “O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica...” (Pontes de Miranda).

4. ‘O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras

de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos’ (Jean Cruet).

5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela.

6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei.¹⁴

Diante de tais diretrizes jurídicas, constata-se que a aplicação do princípio da solidariedade consolidou o processo de inclusão previdenciária, sob o prisma da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

5 Conclusão

Nessa ordem de considerações, não pairam dúvidas acerca da paridade de direitos que deve existir entre as relações matrimoniais monogâmicas e as relações matrimoniais poligâmicas inerentes a certas tribos indígenas brasileiras, entre eles, a pensão por morte, em ordem a se conferir efetividade ao programa normativo da Constituição, na ótica de uma democracia pluralista e sob a missão magna de se construir uma sociedade livre, justa e solidária.

De mais a mais, os arts. 14 e 55 do Estatuto do Índio preceituam que:

Art. 14. Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e da previdência social.

Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

Um desdobramento da tese ora assentada refere-se à extensão econômica dos benefícios previdenciários de pensão por morte a que fazem jus as esposas indígenas poligâmicas. Em outras palavras, a pensão por morte, neste caso, deverá ser repartida entre as beneficiárias ou, cada qual, terá direito a um benefício integral, conferindo-se, dessa forma, máxima efetividade ao art. 231 da CF/1988?

Considerando a natureza aberta dos postulados fundamentais, é preciso ponderar o peso de dois prin-

¹³ AC 470145, DJU 23/09/2002, p. 584, Rel. Juiz Marcus Orione. No mesmo sentido: AC 57454, DJU 12/09/2000, p. 896, Rel. Juíza Suzana Camargo.

¹⁴ AG 200301000006970, DJU 29/4/2004, p. 27, Rel. Des. Federal Tourinho Neto.

cípios aparentemente conflitantes neste caso concreto: o princípio da preservação das tradições indígenas (CF/1988, art. 231) e o princípio da contributividade em matéria previdenciária (CF/1988, art. 201 da CF/1988). Diz-se “aparentemente conflitantes”, visto que a colisão de princípios resolve-se na dimensão do valor, ao passo que os conflitos entre as regras operam-se na dimensão da validade. Assim, para se manter incólume, do ponto de vista axiológico, cada um desses *standards* normativos, a melhor solução é aquela consistente no rateio da pensão por morte entre as esposas poligâmicas, em ordem a manter o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, valor de indiscutível feição social e econômica, em harmonia com a preservação e respeito às tradições indígenas, valor de indisfarçável cunho humano, político, histórico e cultural.

E como foi o desfecho da ação proposta pelas indígenas Masaupé Waiãpi, Anã Waiãpi e Sororo Waiãpi contra o INSS e a CEF? No contexto de um Juizado Especial Federal, o caso não poderia ter se encerrado de forma melhor, pois houve um acordo em que tive a honra de homologar enquanto Juiz Coordenador do Juizado Especial Federal da inesquecível e saudosa Seção Judiciária do Amapá. Ora, se houve acordo, é porque a sociedade está paulatinamente absorvendo as exigências de uma convivência harmônica com as minorias e com as suas singularidades, à luz da moderna concepção democrática. Segundo a FUNAI, o presente acordo foi inédito no Brasil.¹⁵

Que o presente precedente sirva de *elan* aos “novos sujeitos históricos”, aos profissionais do Direito e aos demais atores sociais, em todas as suas matizes, no afã de que continuem a estimular a consolidação de uma sociedade cada vez mais solidária e plural como pretende, na ótica da utopia do possível, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo. 11. ed. 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo, Saraiva, 5. ed. 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. O Estado entre os gregos. Disponível em: <http://antivalor.vilabol.uol.com.br/textos/outros/nietzsche.htm>. Acesso em: 10/10/2006. [trad.: Noéli Correia de Melo Sobrinho]

WOLKMER, Antônio Carlos. “Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa” em *Lições de Direito Alternativo* 1. Organizador: ARRUDA JR., Edmundo Lima de.

¹⁵O termo acordo homologado nos autos do Processo 2004.31.00.700374-6, que contemplou o rateio da pensão por morte e dos saldos de FGTS entre as índias Masaupé Waiãpi, Anã Waiãpi e Sororo Waiãpi, ressaltou a prerrogativa do MPF, a qualquer tempo, de promover ação própria para discutir o direito à integralidade do aludido benefício previdenciário em favor viúvas do indígena Parara Waiãpi.

A contribuição para o INCRA e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Luciano Dias Bicalho Camargos*

A evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre as contribuições devidas ao INCRA é longa e tortuosa e, recentemente, sofreu profunda alteração.

Como se verá, o douto Tribunal reconheceu, recentemente, que as contribuições para o INCRA e para o FUNRURAL são distintas, com finalidades distintas e, especialmente, com natureza tributária distinta.

Todas as decisões emanadas, até o precedente fixado nos Embargos de Divergência em RESP 770.451/SC (2005/0181717-5),¹ do STJ, fossem favoráveis ou contrárias à exigência das contribuições do INCRA, partiam de um só pressuposto: as contribuições devidas ao INCRA² teriam natureza de contribuição previdenciária.

Ora, desde sua vinculação aos órgãos responsáveis pela reforma agrária no País, deixaram de ter as mencionadas contribuições quaisquer características previdenciárias ou de seguridade social, uma vez que tais órgãos jamais exerceram funções previdenciárias, aqui caracterizadas como aquelas destinadas a assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles que dependiam economicamente.

Dessa forma, a jurisprudência se erigiu sobre um pressuposto teórico equivocado, maculando as decisões de forma insuperável.

Basicamente, cinco razões de decidir, até o

EREsp 770.451/SC,³ já foram adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça quando confrontado com a análise das contribuições para o INCRA:

- Não está sujeita à contribuição⁴ empresa estranha ao âmbito produtivo rural.
- A contribuição é previdenciária e não foi revogada pela Lei 7.787/1989.
- A contribuição é inconstitucional, por ocorrer superposição contributiva.
- A contribuição foi extinta pela Lei 8.212/1991.
- A contribuição foi extinta pela Lei 7.787/1989.

Todos os entendimentos acima sumariados somente fazem sentido quando vinculados à classificação das contribuições em comento como previdenciária, o que é equivocado⁵.

Contudo, abordemos cada entendimento separadamente.

A empresa estranha ao âmbito rural não estaria sujeita à contribuição devida ao INCRA

O primeiro acórdão ementado sobre o tema é claro ao atribuir à contribuição devida ao INCRA natureza previdenciária, como se verifica no Recurso Especial 61.566, DJU de 15/05/1994, tendo como relator o ministro Demócrito Reinaldo:

Previdenciário. Contribuições. FUNRURAL e INCRA. Empresa de construção civil. Não-sujeição.

Não é jurídico admitir-se a oneração de empresa absolutamente estranha ao âmbito produtivo rural, através de contribuição previdenciária de exclusiva pertinência a atividades desempenhadas neste setor da economia.

*Procurador federal INCRA/MG. Mestre e doutor em Direito Tributário pela UFMG. Professor e coordenador do curso de Direito do UNI-BH. Professor da FEAMIG. Professor nos cursos de especialização em Direito Tributário da PUC-MG, CEAJUFE e CAD.

¹ Acórdão ainda não publicado.

² Só é abordada a contribuição de alíquota de 0,2%, devida por todas as empresas. Dessa forma, a presente abordagem se cingirá a esta contribuição específica.

³ Que, conforme se verá, entendeu ter a contribuição para o INCRA natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico.

⁴ Novamente, ressalte-se o desconhecimento de que se trata de duas exações distintas.

⁵ Para uma análise minudente do tema, conferir CAMARGOS, 2006.

A sujeição passiva a contribuição para a previdência rural reclama a qualificação do contribuinte como exercente de atividade agrícola, ou agroindustrial.

Não está sujeita a esta contribuição a empresa de construção civil, pois não industrializa nem vende produto rural, cujo valor comercial consiste na base do cálculo da exação previdenciária.

Recurso provido, por unanimidade.

Em seu voto, o Ministro relator Demócrito Reinaldo assim se manifesta:

Repugna aos mais mezinhos princípios jurídico-tributários conceber-se a oneração de empresa absolutamente estranha ao âmbito produtivo rural, através de contribuição previdenciária de exclusiva pertinência a atividades desempenhadas neste setor da economia.

Observe-se, ademais, que, caso se chegasse a conclusão diversa, nenhuma consequência patrimonial haveria, pois inexistiria base de cálculo para incidência da contribuição do FUNRURAL ou do INCRA. Noutras palavras: a contribuição *sub examen* tem por base de cálculo o valor de venda de produtos rurais industrializados ou adquiridos por empresa agroindustrial, e como a recorrente não comercia tais produtos, a base de cálculo da contribuição seria igual a zero, não havendo, destarte, o que se recolher aos cofres previdenciários.

Dois pontos merecem ser levantados: o equívoco de considerar a base de cálculo da contribuição INCRA como o valor dos produtos rurais industrializados adquiridos — a base de cálculo é a folha de salários —; e a consideração de que se trata de uma contribuição previdenciária em face de seu suposto vínculo com o FUNRURAL.

A contribuição devida ao INCRA é previdenciária e não teria sido revogada pela Lei 7.787/1989

Posteriormente, o entendimento do Tribunal sofreu profunda alteração. A contribuição para o INCRA continuava a ter natureza previdenciária, mas sua cobrança seria correta em face do caráter de solidariedade do custeio da seguridade social erigido pelo art. 195 da Constituição Federal:

FUNRURAL. Empresas urbanas. PRORURAL. Fonte de custeio. Contribuição para o INCRA.

Todas as empresas, urbanas ou rurais, estão obrigadas a recolher anualmente as contribuições

de 2,4% para o INSS e 0,2% para o INCRA, sobre o valor de sua folha de pagamento.

Somente a contribuição de 2,4% foi destinada ao FUNRURAL e é fonte de custeio do PRORURAL. A contribuição de 0,2% do INCRA nunca foi fonte de custeio do PRORURAL, e o art. 3º, § 1º, da Lei 7.787/1989 não a suprimiu.

Recurso da empresa não conhecido.

Recurso do INSS provido.⁶

Não é outro o entendimento esposado pelo eminente relator Ministro Demócrito Reinaldo, que, revendo seu posicionamento inicial, assim se manifesta no Recurso Especial 165.075, DJU de 02/08/1999, p. 144:

A seguridade social, segundo a Constituição Federal, será financiada por toda a sociedade. A sociedade manterá a seguridade social, pela participação direta ou indireta, nela incluídas as contribuições sociais.

Ora, se a seguridade social é universal (em ônus para a sociedade como um todo), a contribuição social destinada a financiar o FUNRURAL (e INCRA) não está condicionada (para a respectiva exigência), que a empresa exerça atividade exclusivamente rural, razão por que, sem nenhuma distinção, a lei obriga o pagamento às empresas urbanas vinculadas à Previdência Social. É o princípio da mensalidade das contribuições decorrente da Constituição Federal. A contribuição, assim, não é uma taxa (um tributo vinculado), de fundo corporativo, a ser exigido só de uma determinada classe (os trabalhadores rurais). O princípio da universalidade desvane-se-ia.

Esse entendimento foi mantido pelo STJ até 2000, quando sofreu nova alteração.

A contribuição devida ao INCRA é inconstitucional por ocorrer superposição contributiva

No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 173.380/DF, a 1ª Seção do STJ, alterando novamente o entendimento sobre a matéria, unificou a jurisprudência da Corte em desfavor do INCRA:

Tributário. Contribuição para o FUNRURAL. Empresa vinculada exclusivamente à previdência urbana. Impossibilidade de superposição contributiva. Embargos conhecidos e rejeitados.

⁶ REsp. 173.588/DF, rel. Min. GARCIA VIEIRA. DJ de 21/09/1998.

1. Não é de se exigir o pagamento das contribuições relativas ao FUNRURAL e ao INCRA, das empresas vinculadas exclusivamente à Previdência Urbana em face da impossibilidade da superposição contributiva.

2. Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

O Ministro relator, José Delgado, depois de longo voto, adota a fundamentação e conclusão do acórdão embargado:⁷

O acórdão embargado assentou que o art. 3º da Lei 7.787, de 1989, extinguiu a contribuição instituída para o custeio do PRORURAL – Programa de Assistência ao trabalhador Rural, em sua totalidade, inclusive o percentual de 0,2% para o INCRA, sobre o valor da folha de pagamentos da empresa, exaço criada pelo § 4º do art. 6º da Lei 2.613/1955.

[...]

Adoto, portanto, a fundamentação e conclusão do acórdão embargado.

Dessa forma, resta claro que a ementa da decisão não guarda correlação com a fundamentação adotada ao final pelo relator. Não se trata de ocorrência de superposição contributiva, mas sim do reconhecimento de revogação das contribuições ao INCRA, em face da extinção do PRORURAL, determinada pela Lei 7.787.

Ora, não há de se falar de revogação das contribuições do INCRA pela Lei 7.787/1989, já que elas jamais foram fonte de custeio do PRORURAL, este extinto pela referida lei.

A contribuição devida ao INCRA teria sido revogada/extinta pela Lei 7.787/1989

Na esteira do acórdão paradigma proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 173.380, firmou-se o entendimento de que as contribuições do INCRA não seriam devidas em face da ocorrência de superposição contributiva, argumento

mencionado na ementa, mas não utilizado como razão de decidir.

Tal circunstância, como já afirmado reiteradas vezes, só reafirma a superficialidade com que o tema vinha sendo tratado: um claro equívoco na redação da ementa do acórdão ensejou o surgimento de um argumento que, embora não adotado no acórdão paradigma como razão de decidir e com caráter eminentemente constitucional, portanto, fora do âmbito de competência do STJ, foi repetido várias vezes, vindo a ser questionado somente recentemente.⁸

Foi somente no julgamento do Recurso Especial 507.784, relatado pela Ministra Eliana Calmon, *DJU* de 04/08/2003, que o argumento da superposição contributiva deixou de ser repetido mecanicamente e adotou-se, expressamente, o entendimento da revogação das contribuições do INCRA pela Lei 7.787/1989:

Tributário. FUNRURAL. Contribuição para o INCRA. LC 11/1971. PRORURAL. Lei 7.787/1989. Extinção do valor incidente. Lei 8.212/1991.

1. A contribuição devida nos termos do DL 1.146, de 31/12/1970 e majorada pelo art. 15, inciso II, da LC 11/1971, incidente sobre a folha de salários, foi extinta pelo art. 3º, § 1º, da Lei 7.787/1989.

2. A segunda contribuição, prevista no inciso I do mesmo art. 15 da LC 11/1971, incidente sobre a venda dos produtos rurais permanece em vigor até o advento da Lei 8.213/1991.

3. Ilegalidade na cobrança de contribuição extinta — art. 15, § 1º, inciso II, da LC 11/1971.

4. Recurso especial parcialmente provido.

Esse entendimento consolidou-se na segunda turma do Superior Tribunal de Justiça⁹ e, posteriormente, na Primeira Seção, como se infere do REsp 462.597/PR, relatado pelo Ministro José Delgado, julgado em 12/12/2005, *DJU* 06/03/2006, p. 140:

Como já dito, recentemente este entendimento sofreu profunda alteração, como será explicitado à frente.

⁷ O acórdão embargado, relatado pelo Min. Ari Pargendler, veio assim ementado:

“Tributário. 1. Contribuição para o FUNRURAL. Empresa urbana. Nos termos da legislação vigente à época, a empresa urbana estava obrigada a recolher a Contribuição da o FUNRURAL. 2. Contribuição para o PRORURAL. O art. 3º da Lei 7.787, de 1989, extinguiu a contribuição instituída para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural – PRORURAL, e não apenas a parte destinada ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL. Recursos especiais não conhecidos.”

⁸ Veja-se: REsp. 316.074, rel. Min. Garcia Vieira; REsp. 316.571, rel. Min. José Delgado; REsp. 396.206, rel. Min. LUIZ FUX; REsp. 400.555, rel. Min. LUIZ FUX.

⁹ Veja-se: REsp. 442.490, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI; REsp. 443.496, rel. Min. Eliana Calmon; REsp 615.463, rel. Min. Franciulli Neto.

A contribuição devida ao INCRA teria sido revogada/extinta pela Lei 8.212/1991

O argumento de que as contribuições devidas ao INCRA teriam sido revogadas pela Lei 8.212/1991 foi utilizado inicialmente no Recurso Especial 414.501, relator Ministro José Delgado, *DJU* de 23/09/2002, p. 251, que ratificou a ocorrência de superposição contributiva e propugnou, sem qualquer fundamentação, pela revogação da contribuição em comento. Leia-se parte do voto:

Com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, portanto, alinhado com os fundamentos supratranscritos, firmo compreensão de que referida exação não tem condições jurídicas de ser exigida das empresas e, especificamente, da recorrida, por ser vinculada exclusivamente à previdência urbana, pela impossibilidade de superposição contributiva.

Ressalte-se que a contribuição do INCRA foi suprimida com o advento da Lei 8.212/1991, motivo pelo qual, a partir de então, deve ser reconhecida como indevida a sua cobrança.

Posteriormente, em 2004, no Recurso Especial 624.714, *DJU* de 13/09/2004, o mesmo relator, Ministro José Delgado, altera seu entendimento: abandona o argumento da superposição contributiva e cinge-se a acatar a supressão das contribuições do INCRA pela Lei 8.212/1991:

Tributário. FUNRURAL e INCRA. Empresa urbana. Entendimento da 1ª Seção do STJ. Manifestação do Supremo Tribunal Federal. Lei 8.212/1991. Juros compensatórios e moratórios. Correção monetária. IGPM.

1. Na trilha da manifestação do colendo Supremo Tribunal Federal, em 24/03/2004, a Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp.134.051/SP (DJU 03/05/2004), decidiu, à unanimidade, que as empresas urbanas estão obrigadas ao recolhimento das contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL, desde que exista legislação a respeito.

2. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que até a vigência da Lei 8.212, de 24/07/1991, a contribuição social para o INCRA era devida pelas empresas urbanas. Esta norma, ao instituir novo plano de custeio da seguridade social, tornou ineficaz toda a legislação anterior a respeito, especialmente a Lei 7.787/1989, que mantinha a cobrança dessa contribuição. Essa conclusão decorre da interpretação do art. 18 da Lei 8.212/1991, que não relacionou o INCRA como entidade bene-

ficiada pelo custeio da seguridade social, diferentemente do que fez com outros órgãos.

[...]

6. Recurso especial da empresa parcialmente provido.

7. Recurso especial do INSS improvido.

Leia-se a fundamentação do voto, iniciada depois da transcrição de artigos da Lei 8.212/1991:

Não há, como demonstrado, a exigência do percentual de 0,2% destinado ao INCRA na Lei 8.212/1991, a ser suportado pelas empresas.

Em face desse panorama, entendo que, a partir da vigência da Lei 8.212, de 27/07/1991, não existe a sobrecarga do percentual acima assinalado.

A doutrina diverge sobre o entendimento de que a contribuição para o INCRA tem natureza de contribuição indireta de intervenção no domínio econômico, cuja finalidade específica seria proporcionar à autarquia sua função interventiva para fins de reforma agrária.

[...]

Estou convencido de que a mencionada contribuição não tem natureza de intervenção indireta no domínio econômico, mas, por suas características, visa arrecadar valores para custear a seguridade social.

Assim sendo, ela prevalece até a vigência da Lei 8.212/1991 que, ao instituir novo plano de custeio da seguridade social, tornou ineficaz toda a legislação anterior a respeito, especialmente a Lei 7.787/1989, que mantinha a cobrança desta instituição.

Essa conclusão decorre da interpretação que faço do art. 18 da Lei 8.212/1991, que não relacionou o INCRA como entidade beneficiada pelo custeio da seguridade social, diferentemente do que faz com outros órgãos.

Como já se viu, as contribuições para o INCRA, em face de sua finalidade, não podem ser consideradas previdenciárias e nem de seguridade social.

Ademais, o argumento de que a contribuição para o INCRA teria sido revogado pela Lei 8.212, em face da não-menção da autarquia como beneficiária da arrecadação, também deveria se aplicar, caso estivesse correta, à Lei 7.787/1989, que, igualmente, regula as fontes de custeio da seguridade social e nada menciona a respeito da contribuição do INCRA.

As citadas leis nada mencionam sobre as contri-

buições do INCRA por um singelo motivo: tratam de plano de custeio da seguridade social, e as contribuições do INCRA, por não serem previdenciárias nem de seguridade social, não podiam ali estar inseridas.

Entendimento atual

A análise dos recentes precedentes desta Superior Corte de Justiça, no que tange à contribuição de 0,2% devida ao INCRA, prevista no inciso II do art. 15 da Lei Complementar 11/1971, indica a existência de entendimentos divergentes sobre a matéria, tendo sido a matéria pacificada em favor do INCRA recentemente.

Alguns julgados entendiam ser a contribuição devida até a edição da Lei 8.212/1991, a exemplo dos que seguem:

Tributário. Agravo regimental. Contribuição para o INCRA.

1. 'A contribuição para o INCRA foi exigível até o advento da Lei 8.212/1991, motivo pelo qual, a partir de então, deve ser reconhecida como indevida a sua cobrança' (REsp 412.147/RS, Rel. Min. José Delgado).

2. Agravo regimental improvido.¹⁰

Tributário. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Fundamentação deficiente. Dissídio pretoriano não-configurado. Contribuição para o INCRA. Inexigibilidade a partir do advento da Lei 8.212/1991. Precedentes.

Omissis.

3. A contribuição para o INCRA era devida por empresa urbana até o advento da Lei 8.212/1991.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹¹

Tributário. Contribuição para o FUNRURAL. Empresa urbana vinculada exclusivamente à previdência urbana. Inexigibilidade. Leis 7.787/1987 e 8.212/1991. Precedentes.

Omissis.

2. A contribuição para o INCRA só foi exigível até o advento da Lei 8.212/1991 e a do FUNRURAL até a Lei 7.787/1989, motivo pelo qual, a partir dessas normas, deve ser reconhecida como

indevida a cobrança.

3. Precedentes da 1ª Turma e da 1ª Seção desta Corte Superior.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹²

De outro lado, havia precedentes que entendiam pela sua extinção com a Lei 7.787/1989, uma vez que seu art. 3º teria extinguido a contribuição instituída para a fonte de custeio do PRORURAL, e não apenas do FUNRURAL. Confirmam-se os seguintes julgados:

Recurso especial. Contribuição incidente sobre a folha de salários devida ao INCRA pelas empresas urbanas. Destinação: custeio do programa de assistência ao trabalhador rural. Compensação com contribuições sobre a folha de salários destinadas ao custeio da seguridade social. Impossibilidade.

A contribuição incidente sobre a folha de salários devida por empresas urbanas para o INCRA, prevista no inciso II do art. 15 da LC 11/1971 e extinta pelo art. 3º, § 1º, da Lei 7.787/1989, segundo recente jurisprudência desta Corte (cf. REsp. 443.496/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13/9/2004, e REsp 573.703/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24/05/2004), destinava-se ao custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural.

Omissis.

Recurso especial improvido.¹³

Tributário. Contribuição para o INCRA. Extinção pela Lei 7.787/1989. Compensação. Limites percentuais. Correção monetária. Juros.

1. A análise da legislação específica leva à conclusão de que o adicional de 0,2% sobre a folha de salários, destinado ao INCRA, foi suprimido pela Lei 7.787/1989.

2. Deve ser autorizada, portanto, a compensação dos valores recolhidos após o advento da Lei 7.787/1989 com parcelas referentes à contribuição social incidente sobre a folha de salários.

Omissis.

5. Recurso especial da autora parcialmente provido.¹⁴

Tributário. FUNRURAL. Contribuição para

¹²AgRg AG 556.978/PR, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/05/2004.

¹³REsp 615.463/RS, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 29/11/2004.

¹⁴REsp 573.703/PR, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004.

¹⁰AgRg AG 600.934/PR, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, DJ de 22/11/2004.

¹¹AgRg AG 570.272/PR, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 16/08/2004.

o INCRA. LC 11/1971. PRORURAL. Lei 7.787/1989. Extinção do valor incidente. Lei 8.212/1991. IGP-M (julho e agosto/94. Juros remuneratórios. Inaplicabilidade. Taxa Selic. Incidência.

1. A contribuição devida nos termos do DL 1.146, de 31/12/1970 e majorada pelo art. 15, inciso II, da LC 11/1971, incidente sobre a folha de salários, foi extinta pelo art. 3º, § 1º, da Lei 7.787/1989.

2. A segunda contribuição, prevista no inciso I do mesmo art. 15 da LC 11/1971, incidente sobre a venda dos produtos rurais permanece em vigor até o advento da Lei 8.213/1991.

3. Ilegalidade na cobrança de contribuição extinta — art. 15, § 1º, inciso II, da LC 11/1971.

[...]

5. Recurso especial da autora conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso do INSS improvido.¹⁵

Finalmente, recentes acórdãos¹⁶ propugnavam pela exigibilidade das contribuições para o INCRA, tomando como razões de decidir o entendimento adotado pelo STF:

Tributário. Contribuição para FUNRURAL e INCRA. Empresa vinculada exclusivamente à previdência urbana. Possibilidade.

1. O colendo Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual não existe óbice a que seja cobrada, de empresa urbana, a contribuição destinada ao FUNRURAL e ao INCRA.

2. Recurso especial desprovido.¹⁷

No final de 2005, a Primeira Seção, como se infere do REsp 462.597/PR, relatado pelo Ministro José Delgado, julgado em 12/12/2005, DJU 06/03/2006, p. 140, adotou o entendimento de que a contribuição para o INCRA teria sido revogada pela Lei 7.787/1989:

Processual Civil. Embargos de divergência. Contribuição devida ao INCRA. Adicional de 0,2% incidente sobre a folha de salários. Data da extinção. Lei 7.787/1989.

1. Os presentes embargos de divergência têm por escopo reformar acórdão proferido pela 2ª Turma desta Corte que negou provimento ao recurso especial da empresa recorrente, por en-

tender que é legítimo o recolhimento da contribuição previdenciária para custeio do INCRA, no percentual de 0,2% incidente sobre a folha de salários, até o advento da Lei 8.212/1991. Por sua vez, o paradigma colacionado, oriundo da 1ª Turma, reconheceu que o adicional da exação discutida foi extinto a partir da edição da Lei 7.787/1989.

2. Por ocasião do julgamento dos ERESP 503287/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 10/08/2005, a 1ª Seção desta Corte Julgadora entendeu, à unanimidade, que: *A contribuição de 0,4% (quatro décimos por cento) prevista no art. 35, § 2º, item VIII, da Lei 4.683/1965, mantida pelo art. 3º do Decreto-Lei 1.146, de 31/12/1970, incidente sobre a folha de salários, e majorada pela Lei Complementar 11/1971 para 2,6%, sendo 0,2% (dois décimos por cento) destinados ao INCRA, foi extinta pela Lei 7.787/1989, em seu art. 3º, § 1º, a partir de 01/09/1989.*

3. Embargos de divergência conhecidos e providos.

Contudo, a Primeira Seção voltou a analisar a questão nos Embargos de Divergência em REsp 770.451/SC,¹⁸ ensejando uma profunda mudança no entendimento do tribunal.

Nos votos vencedores dos Ministros Castro Meira, Eliana Calmon, Luiz Fux e João Otávio de Noronha exsurge a conclusão de que a contribuição para o INCRA tem natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico e que, portanto, não poderia ter sido revogado pela Lei 7.787.

O entendimento enquadra a contribuição de 0,2% destinada ao INCRA como contribuição de intervenção no domínio econômico, que tem por finalidade princípios elencados pelo art. 170 da Constituição Federal, dentre os quais se destacam a *função social da propriedade* e a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, III e VII).

Por outra parte, demonstra, a partir da evolução legislativa, que a contribuição destinada ao Incra não possui destinação previdenciária e não foi revogada. Afinal, não tendo natureza previdenciária, não poderia a referida contribuição ter sido revogada, até mesmo “tacitamente”, pela Lei 7.787/1989 ou pela 8.212/1991.

¹⁵ REsp 443.496/PR, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 13/09/2004.

¹⁶ Veja-se também AGRESP 693.351, rel. Min. José Delgado, DJ de 13/12/2004.

¹⁷ REsp 636.664/PR, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29/11/2004.

¹⁸ Acórdão ainda não publicado.

Dessa forma, a contribuição para o INCRA não foi revogada por nenhuma outra lei específica, tendo sido recepcionada pela Constituição de 1988 como contribuição de intervenção no domínio econômico e mantida pela legislação subsequente.

O referido recurso tratava apenas da questão da possibilidade ou não de compensar eventuais créditos relativos à contribuição do INCRA com contribuições previdenciárias. No entanto, a discussão levantou ponto prejudicial: examinar se a contribuição para o INCRA teria sido revogada ou não pela Lei 7.787/1989.

Após vários pedidos de vista e intenso debate entre os Ministros da Primeira Sessão, na sessão de julgamento realizada em 27/09/2006, foi decidido, por maioria, que:

1) não é possível a compensação de eventuais créditos relativos à contribuição do INCRA com contribuições previdenciárias, uma vez que não se trata de contribuições com a mesma destinação;

2) precisamente por não ter a contribuição para o INCRA destinação previdenciária, a Egrégia Corte reviu seu posicionamento anterior, acolhendo a tese de intervenção no domínio econômico e se posicionando expressamente pela manutenção da contribuição.

O acórdão será redigido pelo Exmo. Ministro Castro Meira, que destacou, em seu voto, no EREsp 770.451/SC:

A questão da reforma agrária é histórica. Todos sabemos que o problema da divisão territorial, questão da terra no Brasil, é um tema que vem da Monarquia. Já José Bonifácio se preocupou com a questão. Um dos seus projetos foi exatamente estabelecer uma melhor divisão de terras no Brasil.

Recentemente, para não ficarmos na história, foi criado o Incra. *A Constituição, como lembrou o Sr. Ministro Luiz Fux, estabeleceu que, no Orçamento, haveria que se colocar recursos para o INCRA, e estes advirão de duas fontes basicamente: primeiro, dos títulos de dívida agrária e, segundo, das receitas orçamentárias. Dir-se-á que se descaracteriza; ao contrário, reforça-se, porque mostra que é uma obrigação do governo federal, ao preparar a lei orçamentária, sempre estabelecer recursos destinados exatamente a promover a reforma agrária. De onde virão esses recursos? Virão da contribuição para o INCRA. Tanto que, como disse a Sra. Ministra Eliana Calmon, nesse ponto, também dou a mão à palmatória, admitindo que havia a revo-*

gação da Lei 8.212/1991 e, primeiramente, pela Lei 7.787/1989. Todavia, posteriormente, em um exame que fiz a partir de um trabalho desenvolvido pelo Professor Luciano Dias Bicalho Camargos, de Minas Gerais, aqui presente, que fez estudo completo sobre a matéria, efetivamente, em uma referência a um caso meu e outro da Sra. Ministra Eliana Calmon, indicados equivocadamente, apenas quero fazer essa observação, porque, em uma mesma sessão, teríamos tratado diversamente de um mesmo assunto, o que me chamou a atenção. Verifiquei que houve um equívoco na parte final daquela pesquisa.

Quanto ao mais, realmente, tem-se razão. *O Supremo Tribunal Federal equivocou-se nesse ponto, não houve tal revogação; confundiu-se, muitas vezes, contribuições para o Incra com contribuição para o Serviço Social Rural, coisas diferentes.*” (Grifou-se.)

Leia-se, ainda, a conclusão do voto da Ministra Eliana Calmon:

1) A referibilidade direta *não* é elemento constitutivo das CIDEs.

2) As contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse é o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas.

3) As CIDEs afetam toda a sociedade e obedecem ao princípio da solidariedade e da capacidade contributiva, refletindo políticas econômicas de governo. Por isso, não podem ser utilizadas como forma de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos.

3.1.

4) A contribuição destinada ao INCRA desde sua concepção, caracteriza-se como *contribuição especial de intervenção no domínio econômico*, classificada doutrinariamente como *contribuição especial atípica* (CF/1967, CF/1969 e CF/1988 – art. 149).

5) O INCRA herdou as atribuições da *supra* no que diz respeito à promoção da reforma agrária e, em caráter supletivo, as medidas complementares de assistência técnica, financeira, educacional e sanitária, bem como outras de caráter administrativo.

6) A contribuição do INCRA tem finalidade específica (elemento finalístico) constituio-

nalmente determinada de promoção da reforma agrária e de colonização, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII, da CF/1988).

3.2.

7) A contribuição do INCRA não possui *referibilidade direta* com o sujeito passivo, por isso se distingue das contribuições de interesse das categorias profissionais e de categorias econômicas.

8) O produto da sua arrecadação destina-se especificamente aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Por isso, não se enquadram no gênero Seguridade Social (Saúde, Previdência Social ou Assistência Social), sendo relevante concluir ainda que:

8.1) Esse entendimento (de que a contribuição se enquadra no gênero Seguridade Social) seria incongruente com o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, ao se admitir que essas atividades fossem dirigidas apenas aos trabalhadores rurais assentados com exclusão de todos os demais integrantes da sociedade;

8.2) Partindo-se da pseudo-premissa de que o Incra integra a “Seguridade Social”, não se compreende por que não lhe é repassada parte do respectivo orçamento para a consecução desses objetivos, em cumprimento ao art. 204 da CF/1988.

9) O único ponto em comum entre o Funrural e o INCRA e, por conseguinte, entre as suas contribuições de custeio, residiu no fato de que o diploma legislativo que as fixou teve origem normativa comum, mas com finalidades totalmente diversas.

3.3.

10) a contribuição para o INCRA, decididamente, não tem a mesma natureza jurídica e a mesma destinação constitucional que a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, instituída pela Lei 7.787/1989.

Das conclusões resulta o entendimento de que a manutenção da jurisprudência que permite a compensação dos valores recolhidos a título de contribuição para o Incra com a contribuição sobre a folha de salários, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/1991, como pretende a empresa embargante, causará mais um incalculável “rombo” nos já combalidos cofres previdenciários, na medida em que deixará o INSS de arrecadar as contribuições que lhe são devidas, sem que essa autarquia tenha tido qualquer tipo de responsabilidade na hipótese em exame.

Lembro, por oportuno, que através da Lei

11.098/2005, as contribuições devidas a terceiros, recolhidas até então pelo INSS, passaram à União, por meio do Ministério da Previdência Social e da Secretaria da Receita Previdenciária, vindo posteriormente a MP 258/2005 a atribuir sua arrecadação à Receita Federal do Brasil.

Com a devida vênia dos Ministros que concluem em sentido diverso, ratifico, com essa complementação, o voto proferido na sessão de 26/04/2006, negando provimento aos embargos de divergência.

Fica, portanto, registrado nos fragmentos ora transcritos que, não obstante o EREsp 770451/SC tratassem especificamente da matéria da compensação, ensejou debate bem mais amplo, levando a Primeira Sessão do STJ a concluir que a contribuição destinada ao INCRA não foi revogada.

Referências Bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARZUA, Heron; GALDINO, Dirceu. Ainda o FUNRURAL e o INCRA. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 52, p. 60-70, jan. 2000.

ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J. A. Lima. “Contribuição: empresa urbana não é contribuinte do FUNRURAL”. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 54, p. 85-90, 1990.

ATALIBA, Geraldo. e DÓRIA, A.R. Sampaio. *Princípios constitucionais tributários*.

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BALEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOITEAUX, Fernando Netto. “Intervenção do Estado no domínio econômico na Constituição Federal de 1988”. In: GRECO, Marco Aurélio (Org.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 63-78.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. *O Imposto Territorial Rural e a função social da propriedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. *Da natureza jurídica das contribuições para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA*. São Paulo: MP Editora, 2006.

CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês; MACHADO, Hugo de Brito (Org.). “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*.

São Paulo/Fortaleza: Dialética/Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 234-249.

CHAGAS, Marcelo Vieira. “Contribuições ao INCRA e ao FUNRURAL — obrigatoriedade de empregados em geral”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 32, p. 112-120, maio 1998.

DIAS, Eduardo Rocha. “Aspectos fundamentais do regime constitucional das contribuições”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética e Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 206-233.

FERNANDES, Simone Lemos. *Contribuições neocorporativas: na Constituição e nas leis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura sui generis)*. São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. “Contribuição de intervenção no domínio econômico: parâmetros para sua criação”. In: GRECO, Marco Aurélio. (Org.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO, Schubert de Farias. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 524-546.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. “Perfil constitucional das contribuições de intervenção no domínio econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio. (Org.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; RAMOS, Raquel Cavalcanti. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 269-307.

MARTINS FILHO, Luiz Dias. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 402-435.

MELO, José Eduardo Soares de Melo; MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Contribuições sociais no sistema tributário*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO, José Eduardo Soares de Melo. “Contribuições sociais”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Contribuições sociais: questões polêmicas*. São Paulo: Dialética, 1995, p. 43-58.

MELO, José Eduardo Soares de Melo. “Contribuições no sistema tributário”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 355-365.

PAULSEN, Leandro. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As*

contribuições no sistema tributário brasileiro. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 366-390.

PINTO, Adriano. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 39-73.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PONTES, Helenilson Cunha. “Notas sobre o regime jurídico-constitucional das contribuições de intervenção no domínio econômico”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 6.

SALES, Deborah. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 160-175.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues. “Contribuições sociais”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 251-268.

SOUZA, Ricardo Conceição. “As contribuições no sistema tributário brasileiro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo/Fortaleza: Dialética/ Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 494-523.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Os tributos como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico*. 1993. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) — Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1993.

SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Tributário brasileiro: conforme Emenda Constitucional 42/03*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

O caso Rhône-Poulenc

Formação de cartel pela fixação de cotas de produção

Paulo Adyr Dias do Amaral*

I – Julgamento em primeiro grau: a decisão da comissão das comunidades europeias

O caso Rhône-Poulenc S.A. teve origem na Decisão 86/398/CEE, da Comissão das Comunidades Europeias, de 23/04/1986, relativa a um processo para aplicação do art. 85 do Tratado de Roma (IV/31.149 – Polipropileno). Referido dispositivo, que hoje corresponde ao art. 81, dispunha, à época:

Art. 85

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Os fatos são narrados, na decisão, nos seguintes termos:

Parte II

Os factos

(1)

A presente decisão vem na seqüência de diligências de instrução efectuadas em outubro de 1983, ao abrigo do n. 3 do art. 14g. do Regulamento 17, junto da maior parte dos produtores

de polipropileno termoplástico bruto que abastecem o mercado comunitário. No decurso dessas diligências, a Comissão descobriu documentos que provam que a maioria dos fornecedores de polipropileno na CEE participava regularmente, aproximadamente desde o final de 1977, num sistema institucionalizado de reuniões organizadas entre representantes dos produtores. Ao nível de dirigentes e directores técnicos (ou assim chamados nas reuniões de «patrões» e «peritos»). No decurso dessas reuniões, que vieram a realizar-se duas vezes por mês, e que eram complementadas por reuniões locais *ad hoc* organizadas nos diversos Estados-membros, os produtores elaboraram um sistema de *regulação anual dos volumes de produção*, tendo em vista *repartir o mercado disponível* em conformidade com os objectivos acordados, sob a forma de percentagens ou quantidades, e fixaram periodicamente objectivos de preços aplicados no quadro de um sistema dito de iniciativas em matéria de preços. Os quatro produtores principais — ICI, Hoechst, Montepolimeri e Shell (não assistindo esta última às reuniões periódicas de patrões ou de peritos) — formavam uma direcção officiosa conhecida pelo nome de «quatro grandes», que se propunha dirigir e encorajar os produtores mais pequenos na realização dos diversos esquemas¹.

A Rhône-Poulenc S.A. é mencionada na decisão como uma das empresas a tomar parte na infração, conquanto se reconheça que sua participação no mercado não é tão significativa em face dos quatro grandes produtores: Montepolimeri, Hoechst, ICI e Shell que, conjuntamente, detêm cerca de 50% do mercado comunitário do polipropileno (64% em 1977).

Verificado que, em momento inicial, houve “acordo sobre os preços mínimos” e comprovado o

*Mestre em Direito Tributário – UFMG. Doutorando em Direito Público – UFMG. Diretor de Cursos da Associação Brasileira de Direito Tributário – Abradt. Professor nos Cursos de Especialização em Direito Tributário do Centro de Estudos da Área Jurídica Federal – CEAJUFE e da Escola Superior da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – ESPGFN (em convênio com a Fundação Getúlio Vargas). Disponível em <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986D0398:PT:HTML>>. Acesso em 10/12/2005.

sistema de “reuniões periódicas”, consta: “a Rhône-Poulenc transferiu os seus interesses ligados ao polipropileno para a BP em finais de 1980 e deixou de assistir às reuniões”. Entretanto, é ressalvado: “a Comissão admite que a BP e a AMOCO, filial de um produtor americano de petróleo, não tenham assistido às reuniões. No entanto, existiam determinadas trocas de informações entre estes dois produtores e os restantes sobre questões tais como as iniciativas em matéria de preços e as quotas, que tinham sido discutidas nas reuniões”.

Sustentou-se, ainda: “Para realizar as iniciativas entre si acordadas, os produtores delinearão várias formas de acção concertada (ver ponto 27), que tinham por objectivo essencial aumentar os preços em uma ou mais «fases» decisivas, e não por uma subida generalizada”, descritas, mais adiante, nos seguintes termos:

As medidas acordadas em diversas datas nas reuniões, para ajudar a efectivação dos níveis fixados como objectivos, incluíam nomeadamente:

– instruir os serviços de venda para renunciarem ao volume em vez de cederem nos preços,

– a restrição de vendas efectuadas por cada produtor a fim de as trazer ao nível de determinado período anterior; foi assim que em finais de 1979, se acordou que cada produtor restringiria, ao longo do último trimestre do ano, as suas vendas mensais até 1/12 de 80% da quantidade vendida no decurso do ano anterior,

– o desvio dos fornecimentos, que seriam enviados, na medida do possível, para os mercados ultramarinos, a fim de criar na Europa uma penúria favorável ao aumento dos preços,

– a troca de informações sobre os objectivos de encerramento temporário de fábricas, susceptíveis de contribuir para uma redução da oferta global,

– o facto de os produtores que não abastecessem regularmente determinado cliente lhe oferecerem, se contactados, preços um pouco mais elevados do que o objectivo, para evitar o perigo de «clientes turistas» (isto é, clientes que vão a um novo fornecedor na esperança de obter um preço mais favorável do que o pedido pelo seu fornecedor habitual),

– comunicação, aos poucos produtores que não assistiam às reuniões, do resultado de certa reunião, tendo em vista persuadi-los a alinharem mais estreitamente os seus preços pelos do «club» ou a conseguir, de qualquer outro modo, que

apoiassem uma iniciativa em matéria de preços,

– a partir de setembro de 1982, um sistema conhecido por Account Management ou posteriormente e de forma mais refinada, Account Leadership (Account = cliente), que assegurasse a aplicação efectiva de um aumento acordado, designando um fornecedor que coordenaria (secretamente) as relações com um cliente específico.

Ao longo de toda sua fundamentação, a decisão deixa claro que a participação da Rhône-Poulenc nos acordos teve significação menor em relação aos “quatro grandes”. É o que se extrai, *v.g.*, do seguinte trecho:

Com excepção dos quatro grandes, é impossível identificar com precisão quais os outros participantes no primeiro acordo sobre os «preços mínimos» concluído em meados de 1977. Contudo, a Hercules, a Linz, a Rhône-Poulenc, a Saga e a Solvay exprimiram o seu «apoio» à iniciativa posterior, de 1 de dezembro de 1977, da Montepolimeri, Hoechst, ICI e Shell. Por conseguinte, a participação de todos estes produtores em acordos colusórios data de 1977, independentemente da data exacta a partir da qual os diversos produtores começaram a assistir. O sistema de reuniões regulares teve início em finais de 1977, mas não é possível determinar a data exacta em que cada produtor individual começou a assistir (6).

A Comissão entendeu que “todo o conjunto de esquemas e de disposições adoptados no âmbito de um sistema de reuniões periódicas e institucionalizadas, constituiu um acordo único e contínuo na acepção do n. 1 do art. 85” do Tratado de Roma. Interessante notar que a própria decisão coloca os seguintes conceitos:

III. Práticas concertadas

(86)

A Comissão considera que a prática do cartel, ao basear-se num plano comum e detalhado, constituiu um «acordo» na acepção do n. 1 do art. 85g.

A noção de «acordo» e a de «prática concertada» são distintas, mas pode acontecer que a colusão apresente elementos de uma e outra formas de cooperação ilícita.

A «prática concertada» traduz-se por uma forma de cooperação em que as empresas, sem terem concluído um acordo propriamente dito, substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática.

(87)

O objectivo do Tratado, ao criar um conceito autónomo de prática concertada, é evitar a possibilidade de as empresas fugirem à aplicação do n. 1 do art. 85g., ao procederem de modo colusório e anticoncorrencial, insuficiente, todavia, para constituir um acordo (por exemplo) informando-se previamente quanto à atitude que cada um tenciona adoptar, de maneira a que possam regular a sua conduta comercial, conscientes de que os seus competidores procederão da mesma maneira. (Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/07/1972, in Imperial Chemical Industries Ltd -c- Comissão, Processo 48/69 – Colectânea de Jurisprudência 1972, p. 619.)

(Grifou-se.)

Nesse ponto, como se vê, a Comissão concluiu pela prática de “acordo”:

No caso em apreço, a instauração do sistema de reuniões periódicas e a colusão permanente dos produtores tinham por objectivo fundamental realizar subidas de preços por meio de um *conjunto de acordos* e de disposições.

[...]

Os diversos *sistemas de quotas* e outros mecanismos elaborados para conciliar os interesses divergentes dos produtores estabelecidos com os dos mais recentes tinham por objectivo último a criação de condições artificiais de «estabilidade» favoráveis a uma subida de preços.

[...]

O facto de o mercado do polipropileno se ter caracterizado, durante vários anos, pela subtilização das capacidades, causadora de prejuízos para os produtores, não retira ao *acordo* o seu objectivo anticoncorrencial.

(90)

Não é forçosamente necessário demonstrar, para que o n. 1 do art. 85g. se aplique ao acordo, tendo em conta o seu objectivo manifestamente contrário à concorrência, a existência de um efeito prejudicial sobre a mesma.

Todavia, no caso presente, está demonstrado que o acordo teve um efeito sensível sobre as condições de concorrência.

(Grifou-se.)

As particularidades da Rhône-Poulenc foram levadas em consideração:

Alguns produtores que participaram nas infracções aduzidas transferiram as suas actividades no sector para outras empresas: assim, o sec-

tor de polipropileno da ANIC foi absorvido pela Montepolimeri no âmbito de uma reestruturação da indústria italiana dos plásticos, embora a ANIC subsista como empresa. A Comissão não considera que o facto da ANIC ter cedido à Montepolimeri as suas actividades no sector, a liberte das suas responsabilidades devidas às infracções em que participou até ao fim de 1982. O mesmo acontece com a Rhône-Poulenc, que renunciou às suas actividades no sector do polipropileno no início de 1981.

[...]

O caso da Saga Petrokjemii pode distinguir-se do da ANIC e da Rhône-Poulenc. Nestes dois casos, a empresa que cometeu a infracção subsiste enquanto entidade distinta, embora tenha cedido o seu negócio de polipropileno a outros produtores (Montepolimeri e BP). É por esta razão que a Comissão responsabiliza a ANIC e a Rhône-Poulenc pela infracção que cometeram até ao momento em que deixaram de participar no cartel, por terem deixado o sector do polipropileno.

[...]

IX. Duração da infracção

(104)

A participação dos «quatro grandes» – Hoechst, ICI, Montepolimeri e Shell – remonta ao «acordo sobre os preços mínimos» concluído em meados de 1977 e à «iniciativa» da Montepolimeri (então Montedison) no final do mesmo ano.

A Hercules, a Linz, a Rhône-Poulenc, a Saga e a SOLVAY exprimiram abertamente o seu «apoio» à iniciativa de dezembro de 1977, quanto aos preços, em circunstâncias que indicam que elas aderiam e se associavam a um plano comum que ultrapassava de longe decisões comerciais autónomas.

[...]

(105)

A data precisa em que cada produtor começou a assistir às sessões plenárias periódicas não pode ser estabelecida com segurança; em todo o caso, a participação da Hoechst, da ICI, da Montepolimeri, da Shell, da Hercules, da Linz, da Rhône-Poulenc, da Saga e da Solvay no acordo sobre os «preços mínimos» e/ou nas disposições colusórias ligadas à iniciativa de preços de dezembro de 1977, está comprovada e remonta quer a meados de 1977, quer a finais do mesmo ano.

Após toda essa fundamentação, a Comissão passa a se reportar ao antigo Regulamento 17, de 1962, *in verbis*:

Art. 3

Cessação das infracções

1. Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no art. 85 ou no art. 86 do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção.

2. Podem apresentar um pedido para este efeito:

a) Os Estados-membros;

b) As pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo;

3. Sem prejuízo das outras disposições do presente regulamento, a Comissão pode, antes de tomar a decisão referida no n. 1, dirigir às empresas e associações de empresas em causa recomendações com o fim de fazer cessar a infracção.

[...]

Art. 15

Multas

[...]

2. A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas e associações de empresas multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda dez por cento do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente:

a) Cometam uma infracção ao disposto no n. 1 do art. 85 ou no art. 86 do Tratado, ou

b) Não cumpram uma obrigação imposta por força do n. 1 do art. 8º.

Para determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.

No que tange à duração da infração, a Comissão Europeia fez registrar:

A infracção foi relativamente longa, uma vez que teve início em 1977. Para efeitos do n. 2 do art. 15, todavia, a Comissão considera que ela só existiu, nas suas formas mais graves, a partir de finais de 1978 e começo de 1979, após a instauração de *sistemas de quotas* ou de controlo de volumes destinados a reforçar as iniciativas em matéria de preços. As reuniões continuaram até, pelo menos, às diligências de instrução efectuadas pela Comissão, e os efeitos do acordo duraram, pelo menos, até à iniciativa em matéria de preços de 1 de novembro. Existem todas as razões para crer que, sem as diligências realizadas, sem aviso prévio,

pela Comissão em outubro de 1983, o cartel teria continuado indefinidamente. Embora não esteja demonstrado que a infracção terminou realmente, a Comissão determinará o montante das multas com base na hipótese de que o cartel só funcionou até finais de 1983.

A Comissão considera que a infracção tem uma gravidade especial e justifica multas substanciais.

(108)

Para determinar o montante das multas, a Comissão baseou-se nas seguintes considerações:

– a colusão em matéria de preços e a *repartição do mercado* constituem em si restrições graves da concorrência.

(Grifou-se.)

Por fim, reconhecendo que a Rhône-Poulenc participou da orquestração por período mais curto que os demais produtores (desde cerca de novembro de 1977 até fim de 1980), concluindo que o acordo e prática concertada em questão se traduziram, principalmente, em *limitação temporária de produção e repartição de mercado*, impôs-lhe multa (500 000 ECUs, ou seja, 3 420 950 FF).

II – Julgamento em Segundo Grau: o acórdão do Tribunal de Primeira Instância

Inconformada, recorreu a Rhône-Poulenc S.A., objetivando a anulação da decisão proferida pela Comissão das Comunidades Europeias. Nesse passo, sobreviveu o Acórdão 61989A0001, do Tribunal de Primeira Instância (primeira câmara), de 24/10/1991, sob a epígrafe: Rhône-Poulenc S.A. contra a Comissão das Comunidades Europeias – Concorrência – Noções de Acordo e Prática Concertada – Responsabilidade coletiva. O recurso foi rejeitado, tendo o Tribunal sintetizado sua fundamentação na seguinte Ementa:

Sommaire

1. Pour qu'il y ait accord, au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée. Tel est le cas lorsqu'entre plusieurs entreprises il y a eu concours de volontés pour atteindre des objectifs de prix et de volumes de vente.

2. Les critères de coordination et de coopération permettant de définir la notion de

pratique concertée doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché.

Constitue une pratique concertée la participation à des réunions ayant pour *objet la fixation d'objectifs de prix et de volumes de vente*, au cours desquelles sont échangées entre concurrents des informations sur les prix qu'ils envisagent de pratiquer, sur leur seuil de rentabilité, sur les limitations des volumes de vente qu'ils jugent nécessaires ou sur leurs chiffres de vente, car les informations ainsi communiquées sont nécessairement prises en compte par les entreprises participantes pour déterminer leur comportement sur le marché.

3. L'article 85, paragraphe 1, du traité ne prévoyant pas de qualification spécifique pour une infraction complexe mais cependant unique, car constituée par un comportement continu, caractérisé par une seule finalité et comportant à la fois des éléments devant être qualifiés d' "accords" et des éléments devant être qualifiés de "pratiques concertées", une telle infraction peut recevoir la qualification d' "un *accord et une pratique concertée*", sans que soit exigée simultanément et cumulativement la preuve que chacun des éléments de fait présente les éléments constitutifs d'un accord et d'une pratique concertée.

4. Rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur une série de violations de l'article 85 du traité auxquelles *les différentes entreprises destinataires n'ont pas participé de manière identique*, à condition que la décision permette à chaque destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard².

(Grifou-se.)

Também o Tribunal esteve atento à diminuta participação da Rhône-Poulenc no mercado:

3 Rhône-Poulenc SA (ci-après "Rhône-Poulenc") faisait partie des producteurs approvisionnant le marché avant 1977. Sa position sur le marché du polypropylène était celle d'un petit producteur, dont la part de marché se situait entre 2,8 et 3%. Elle a abandonné le marché à la fin de l'année 1980 en cédant son affaire de polypropylène à BP Chimie.

Outrossim, a compreensão dos fatos não divergiu daquela revelada no primeiro julgamento:

6 Les éléments obtenus dans le cadre de ces vérifications et demandes de renseignements ont amené la Commission à conclure qu'entre 1977 et 1983, les producteurs concernés avaient, en violation de l'article 85 du traité CEE, par une série d'initiatives de prix, fixé régulièrement des objectifs de prix et élaboré un *système de contrôle annuel des volumes de vente* en vue de se *répartir le marché disponible sur la base de tonnages ou pourcentages convenus*. C'est ainsi que le 30 avril 1984, la Commission a décidé d'engager la procédure prévue par l'article 3, paragraphe 1, du règlement n 17 et, au cours du mois de mai 1984, elle a adressé une communication écrite des griefs aux entreprises précitées à l'exception d'Anic et de Rhône-Poulenc. Tous les destinataires y ont répondu par écrit.

(Grifou-se.)

A medida da participação da Rhône-Poulenc no acordo foi devidamente dimensionada pelo Tribunal, a exemplo do que já ocorrerá no julgamento da Comissão:

85 Il y a lieu de rappeler que, *à partir de la fin de l'année 1978 ou du début de l'année 1979, la requérante a participé régulièrement aux réunions périodiques* de producteurs de polypropylène au cours desquelles les différents producteurs ont discuté des *volumes de vente* et échangé des informations à ce sujet.

86 Il convient de relever, parallèlement à la participation de Rhône-Poulenc aux réunions, que son nom figure dans différents tableaux (g.g. ann. 55 à 61 et ann. lettre du 3 avril 1985) dont le contenu indique clairement qu'ils étaient destinés à la définition d'objectifs de *volumes de vente*. Or, la plupart des requérantes ont admis dans leurs réponses à une question écrite posée par le Tribunal qu'il n'aurait pas été possible d'établir les tableaux découverts chez ICI, ATO et Hercules

² Disponível em: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=689A000
1> Acesso em 10/12/2005.

sur la base des statistiques du système Fides, et ICI a déclaré à propos d'un de ces tableaux dans sa réponse à la demande de renseignements (g.g. ann. 8) que “the source of information for actual historic figures in this table would have been the producers themselves” (“la source dont proviennent les chiffres de ce tableau qui correspondent à des chiffres déjà réalisés a dû être les producteurs eux-mêmes”). La Commission était donc en droit de considérer que le contenu de ces tableaux avait été fourni par Rhône-Poulenc dans le cadre des réunions auxquelles elle participait.

(...)

92 Il faut ajouter qu'en raison de l'identité d'objectif des différentes mesures de limitation des volumes de vente — à savoir diminuer la pression exercée sur les prix par l'excès d'offre — c'est à bon droit que la Commission a pu déduire que celles-ci s'inscrivaient dans un *système de quotas*.

93 Il y a lieu de conclure, au vu des considérations qui précèdent, que la Commission a établi à suffisance de droit que la requérante figurait parmi les producteurs de polypropylène entre lesquels sont intervenus des concours de volontés qui portaient sur les objectifs de *volumes de vente* pour les années 1979 et 1980 mentionnés dans la décision et qui s'inscrivaient dans un *système de quotas*.

(Grifou-se.)

É rica, a propósito, a conceituação ofertada pela jurisprudência do Tribunal:

121 En vue de définir la notion de *pratique concertée*, il y a lieu de se référer à la jurisprudence de la Cour, dont il ressort que les critères de coordination et de coopération qu'elle a posés précédemment doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché (arrêt du 16 décembre 1975, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, précité, points 173 et 174).

(Grifou-se.)

E conclui o Tribunal, valendo-se do princípio da *proporcionalidade* na aplicação da pena: “*Il résulte de tout ce qui précède que l'amende infligée à la requérante est adéquate à la durée et à la gravité de la violation des règles de concurrence communautaires constatée à l'encontre de la requérante*”.

III – Algumas considerações

A compreensão do fenómeno da *formação de cartel*, como comportamento anticoncorrencial, pressupõe alguns conceitos, a fim de que não se chegue à errônea conclusão (corriqueira em nosso tempo) de que toda *uniformização de preço* é cartel. Aliás, a uniformização de preços não é a única maneira de se formar cartéis (há outras: divisão de mercado, fixação de cotas de produção, atos de concentração etc.). *Harding et Joshua* conceituam:

Cartel: From the French cartel, Italian cartello, an German Kartell: originally a challenge, and then a suspensive arrangement between belligerents for the exchange of prisoners. Hence its meaning as a suspension of hostilities, a truce between combatants, analogous to the American term “trust”. It is helpful to understand the modern pejorative meaning of “cartel” as an arrangement of truce, whereby natural rivals come together in uneasy alliance. The term remains subtle and complex, combining elements of cessation of rivalry, unnatural and therefore uncertain collaboration, and, also now, damage to another (broader public interest)³.

Mais adiante, reelaboram essa noção, nos seguintes termos: “*an organization of independent enterprises from the same or similar area of economic activity, formed for the purpose of promoting common economic interests by controlling competition between themselves*”⁴. E ressaltam, por analogia:

Cartel means, in international law, the terms of agreement between belligerents for the exchange or ransom of prisoners. The “cartel” of chivalry meant first of all the terms of a combat, and then simply the challenge; and the second is still its

³ HARDING et JOSHUA, 2003.

⁴ *Op. cit* p., 12.

ordinary meaning on the Continent. By analogy, the word *Kartell* is now often used by German economists to denote a trust, i.e. an agreement between rival merchants to limit production or otherwise temper the extremity of competition; so in 1889 it was used of the suspension of hostilities between conservatives and liberal parties in view of the common defence of the empire⁵.

Cumprido notar, *v.g.*, que o próprio *acompanhamento inteligente do mercado*, orientado pela disputa pelo melhor preço, pode levar a uma uniformização de preços (mas não configura *acordo* ou *prática concertada*, e, por isso mesmo, não é *cartel*). A *Teoria dos Jogos* revela que é natural essa tentativa de prever o comportamento futuro do concorrente. A exigência de autonomia não afasta a *adaptação inteligente ao mercado*, figura que não se constitui em *prática concertada* ou *acordo* (desde que inexista qualquer tomada de contato direto ou indireto, vale dizer: não pode haver reunião, nem tampouco conversa alguma sobre o assunto, entre concorrentes). É como esclarecem Harding *et* Joshua:

Game theory: A method of predicting the strategies likely to be adopted by independent actors making apparently rational and interest-maximizing choices: an application of mathematical reasoning to situations of conflict and collaboration. The application of game theory to cartel activity occurs, for instance, in relation to the behaviour of suppliers in an oligopolistic market, or the situation of companies deciding whether to blow the whistle and gain the benefits of *leniency*. The latter situation presents a classic example of the “Prisoner’s Dilemma” game: whether to confess first and gains immunity, or to stay silent in the hope that fellow defendants will do the same but that another will confess⁶.

A formação do cartel pressupõe:

a) *homogeneidade do produto e impossibilidade de sua substituição*: nunca haverá, *v.g.*, cartel de fábrica de camisas, pois há enorme possibilidade de escolha; por outro lado, forma-se cartel em torno de produtos como cimento, combustíveis e grãos (*v.g.* café) — insubstituíveis;

b) *oligopólio* (porquanto cartel implica solidariedade e segredo — circunstâncias que não se con-

cretizam num quadro de multiplicidade de empresas produtoras).

O pressuposto do *oligopólio*⁷ é também explicado por Harding *et* Joshua:

Oligopoly: A market structure comprising a relatively small number of large producers, whose individually powerful position may, according to some economic theory, naturally lead to an interdependence in market behaviour, manifesting itself in phenomena such as parallel pricing of commodities and other parallel market strategies relating to the supply of goods and services. In the context of cartel control, the problem is to distinguish such “spontaneous” parallel behaviour from anti-competitive collusion⁸.

Cartel é colusão (*coludere*: “jogar com”). *Commodities*, *widjet* (produto uniforme) e concentração de empresas são fatores que favorecem a cartelização.

“Cartels, like states or companies, often differ from each other in their specific character and objectives, and the nature of their membership and consequently internal politics may vary”⁹. As formas conhecidas de formação de *cartel*, por acordo ou *prática concertada*, são¹⁰:

- a) pela fixação de preços (*price fixing* — é o modo mais comum);
- b) pela divisão de mercados;

⁷ Conquanto pressuposto da formação do cartel, nada impede que o próprio oligopólio, por si só, conduza naturalmente a uma proximidade muito grande entre preços (em face do número diminuto de concorrentes), sem que ocorra cartel.

⁸ *Op. cit.*, p. XXIV.

⁹ *Idem*, p. 32.

¹⁰ Thomas D. MORGAN chega a apresentar uma lista ainda mais detalhada acerca das múltiplas roupagens que o cartel pode assumir: “... a court should not sustain a case unless one of the following tell-tale signs of implicit collusion are observed”:

- A) *Fixed relative market shares*;
- B) *Price discrimination*;
- C) *Exchanges of price information*;
- D) *Basing point pricing in the industry*;
- E) *Industry-wide resale price maintenance*;
- F) *Significant parallel price and output changes not related to changes in cost*;
- G) *Evidence of new entry and declining market share of leading firms*.

In: Cases and Material on Modern Antitrust Law and its origins. American Casebook Series. 2. ed. St. Paul, MN: West Publishing Co., 2001, p. 148-9.

⁵ *Idem*, p. 13.

⁶ *Op. cit.*, p. XXIV.

c) pelo estabelecimento de cotas de produção (como ocorreu aqui, no caso Rhône-Poulenc S.A.);

d) pelo *bid rigging* (falseamento de licitação).

Harding *et* Joshua também ilustram essa diversidade:

One of the most contentious and high profile aspects of EC competition law and policy in recent years has been the regulation of what are now usually described as cartel violations, typically involving large and powerful corporate producers and traders operating across Europe, if not also in a wider international context. Such infringements are usually based on deliberate, highly organized and covert collaborative efforts to achieve goals such as *price fixing*, *market sharing* and *production quotas*, designed to maximize profits or at least preserve profit margins in declining markets. There is now little disagreement in terms of competition theory and policy at both international and national levels about the damaging effect of such arrangements on public and consumer interests, and such cartels have become strongly and consistently condemned in the legal process of regulating and protecting competition. This therefore can be seen as the “hard end” of the enforcement of competition policy, calling up more confrontational and repressive methods of regulation yet also presenting considerable challenges to effective enforcement on account of the economic power, sophistication and determination of the typical participants in such cartels¹¹

(Grifou-se.)

A última modalidade acima elencada consta do *Competition Act 1998*:

Generally speaking, a cartel is an agreement between undertakings to fix prices or other trading condition or to share out markets. A distinctive form of cartel is known as collusive tendering or *bid rigging*... The aim of a cartel is to increase prices by restricting or removing competition between the participants. Cartels are operated secretly and can be hard to detect¹².

(Grifou-se.)

Todas essas mencionadas formas, indubitavelmente, provocam reflexos nos preços (que tendem à uniformização), objetivando a maximização do lucro.

¹¹ *Op. cit.*, p. 1.

¹² *Idem*, p. 15.

Isso gera repercussões em todos os mercados, afetando o interesse do consumidor (e, por consequência, o interesse público¹³).

Os mesmos acima doutrinadores citados identificam quatro atores nesse processo:

- the “offenders” (large corporate actors);
- the “regulators” (competition authorities);
- the “referees” (courts of law);
- the “observers”, or the view from outside (commentators, media and public)¹⁴.

A estes poder-se-ia acrescentar: os *consumidores* (precisamente as *vítimas* da conduta anticoncorrencial).

Toda essa conceituação é necessária, pois, como anotam Harding *et* Joshua, “the term cartel was virtually unknown to the American language a generation ago”¹⁵. A esse propósito, aliás, Ervin Hexner nos traz curiosas anotações históricas:

Historia de la palabra cártel

La palabra “cartel”, no obstante su antigüedad de varios siglos, se empleó por primera vez en el año de 1879, para designar los mecanismos de los empresarios particulares destinados al control privado de los mercados. Empezando con el primer uso que se le dió al especificar un modelo económico, ha llevado consigo un sabor derogatorio que hasta hoy ha acompañado el término y el significado que aparentemente expresa. La manera en que ha sido empleado el término “cártel”, ha aumentado la perplejidad acerca de los muchos asuntos implicados en el problema de la represión del comercio efectuado por los empresarios particulares¹⁶.

Combate-se o cartel pela *prevenção e repressão*. A ação é preventiva quando se intenta, *v.g.*, impedir atos de concentração nos quais se vislumbra efeito potencial. Adota-se medidas para evitar esse dano potencial (como, *v.g.*, impedir a celebração do

¹³ Art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.884, de 11/06/1994: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 4.

¹⁵ *Idem*, p. 11.

¹⁶ *Cárteles Internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1950, p. 17.

contrato) se se verificar que a fusão (ou ato que o valha) poderá trazer prejuízos à concorrência. Já quando se fala em *condutas* tem-se em mente o aspecto repressivo, entrando em cena a *regulação*, a fim de defender a liberdade de mercado, elevando a eficiência dos agentes econômicos envolvidos em relação a seus competidores.

Nessa ordem de idéias, o cartel constitui violação da ordem econômica (e não necessariamente da lei). A questão é clara, em nosso direito interno, na medida em que a Lei 8.884, de 11/06/1994, em seu art. 20, enumera os atos que constituem infração da ordem econômica “independentemente de culpa” e “ainda que não sejam alcançados” os objetivos pretendidos. Não é necessário, pois, esperar que os efeitos se produzam. É possível punir a simples “tentativa” (reveladora daquela “intenção” ou “finalidade”). O Direito da Concorrência não se preocupa apenas com o efeito atual e concreto (mas com o dano potencial — que também é punido). Por isso, a simples realização de reuniões, colocando em contato “amistoso” agentes econômicos que, pela ordem natural das coisas, deveriam se digladiar e buscar a eliminação recíproca, chama a atenção das entidades de defesa da concorrência. Comportamentos dessa natureza são sempre suspeitos.

O § 1º do art. 20 da mencionada lei ressalva: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (“dominar mercado relevante de bens ou serviços”). É a eficiência, pois, que deve comandar o desenvolvimento empresarial. *“In addition, cartels impose losses on society in terms of reduced efficiency, and lower output (know as dead-weight losses)”*¹⁷.

Espera-se que numa livre economia de mercado haja competição entre agentes econômicos. Isso é natural. Como anotam Harding *et* Joshua, *“the cessation of rivalry is then an unexpected, unnatural and problematical market phenomenon”*¹⁸. E reportam-se à teoria evolucionista: *“(…) following Darwinian precepts, one key argument asserts that a certain level of aggressive and competitive behaviour is*

*necessary for human advance and even survival”*¹⁹. Especialmente no plano internacional, Charles Carabiber, já em 1967, destacava a importância da concorrência:

L'importance de la concurrence dans le marché commun

L'achèvement de l'union douanière entre les six pays du Marché Commun étant un des objectifs majeurs de la politique de la C.E.E., il y lieu d'assurer le développement de celle-ci par une concurrence accrue entre les entreprises de la Communauté, d'une part, et avec les entreprises des pays tiers, d'autre part.

Mais cette concurrence, source de la prospérité commune et garant de leur liberté économique, doit être loyale et elle ne devrait pas être faussée artificiellement par des aides d'Etat ou par des différences dans la fiscalité et le droit économique.

Cette égalité de chances entre les entreprises du Marché Commun doit exclure l'octroi par l'Etat de privilèges aux entreprises publiques dans la concurrence avec les entreprises privées. Elle doit tenir compte aussi de la nécessité de combattre la prédominance de puissantes entreprises de pays tiers²⁰.

É curioso notar que os cartéis desenvolvem seu próprio “Código de Ética”: *“(…) as a purposive organization, a cartel establishes a normative regime of its own, with internal mechanisms for controlling and enforcing modes of conduct. (...) Once established, each cartel has its own internal constitution”*²¹. Mas cabe o alerta: *“(…) the sense of alliance which underpins the formation of cartels is also potentially fragile and unpredictable”*²².

No plano internacional, o Tratado que institui a Comunidade Européia estabelece os princípios básicos acerca da matéria, *in verbis*:

Título VI

As regras comuns relativas a concorrência, a fiscalidade e a aproximação das legislações

Capítulo I

As regras de concorrência

Secção 1

¹⁷ HARDING *et* JOSHUA, 2003: 30.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹ *Idem*, p. 16.

²⁰ CARABIBER, 1967: 154.

²¹ HARDING *et* JOSHUA 2003: 33.

²² *Op. cit.*, p. 35.

As regras aplicáveis às empresas

Art. 81

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os *acordos* entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as *práticas concertadas* que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;

b) *Limitar ou controlar a produção*, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

– a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

– a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

– a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Art. 82

É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de for-

ma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) *Limitar a produção*, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em vantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

(Grifou-se.)

Tais preceitos, que objetivam proteger a concorrência do mercado, foram explicitados pelos Regulamentos 1/2003 e 139/2004 (relativo ao Controle das Concentrações de Empresas), do Conselho da União Européia. “*The control of cartels is central to any effective competition policy and this is especially true of competition policy within the European Union*”²³. Enfim, o Direito da Concorrência não protege o concorrente (mas a concorrência). Visa preservar a organização do mercado. Como mencionado pelo parágrafo único do art. 1º de nossa Lei de Concorrência, “a coletividade é o titular dos bens jurídicos protegidos”.

Enfim, o caso Rhône-Poulenc encerra um *acordo entre empresas*, objetivando a *fixação de cotas de produção*, tendo em vista repartir o mercado disponível. É uma das modalidades de *formação de cartel*.

Conclusão

Richard Lewinsohn observou que a ameaça dos cartéis já era sentida por Marx:

Tendências da concentração

Quando, pouco antes de 1900, os economistas começaram a se ocupar dessas novas formas da vida económica que eram os trustes e os cartéis, tinham muita razão de ver neles dois fenômenos de uma mesma evolução. Não fora essa

²³ HARDING *et* JOSHUA, 2003.

evolução que pressagiara Karl Marx uma geração antes, quando o liberalismo estava no seu auge, e a que ele chamara de “centralização”, última etapa da “concentração do capital”? Sem aceitar todas as conjeturas do pensador socialista, era-se, portanto, conduzido a constatar o vigor e a rapidez dessa evolução fatal²⁴.

De lá para cá essas “concentrações” vêm se tornando cada vez mais sofisticadas e difíceis de detectar. Mas seus efeitos são sempre sentidos pelos consumidores.

Enfim, de tudo quanto até aqui foi exposto, conclui-se que a *formação de cartel*, por qualquer de suas formas, viola a *livre concorrência*, que, por sua vez, constitui lei básica da vida, como já nos ensinara Machado de Assis:

Não há morte. O encontro de duas expansões, ou a expansão de duas formas, pode determinar a supressão de uma delas; mas, rigorosamente, não há morte, há vida, porque a supressão de uma é a condição da sobrevivência da outra, e a destruição não atinge o princípio universal e comum. Daí o caráter conservador e benéfico da guerra. Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos, que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz, nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. Daí a alegria da vitória, os hinos, aclamações, recompensas públicas e todos os demais efeitos das ações bélicas. Se a guerra não fosse isso, tais demonstrações não chegariam a dar-se, pelo motivo real de que o homem só comemora e ama o que lhe é aprazível ou vantajoso, e pelo motivo racional de que nenhuma pessoa canoniza uma ação que virtualmente a destrói. Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas²⁵.

Referências bibliográficas

ASSIS, Machado. *Quincas Borba*. São Paulo: Editora Egéria Ltda., 1978.

HARDING, Christopher et JOSHUA, Julian. Regulating

Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency. New York: Oxford University Press, 2003.

CARABIBER, Charles. *Trusts, Cartels et Ententes*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

LEWINSOHN, Richard. *Trustes e cartéis – suas origens e influências na economia mundial*. Trad. Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Edição da Livraria do Globo, 1945.

²⁴ RICHARD, 1945: 263.

²⁵ Assis, 1978: 21-2.

Crime tributário: perspectivas na Europa e eficácia do pagamento

Élcio Arruda*

Noutro ensaio¹, perquiríamos a respeito da legitimidade dos tipos tributários, em cotejo ao pagamento dotado de força extintiva de punibilidade, independentemente de quando efetuado. Agora, seja-nos permitido trazer apertações sobre o tratamento do assunto em algumas nações europeias, o chamado velho mundo. Quiçá, a experiência deles nos sirva de norteamento, tanto mais pelo contexto da queda de fronteiras decorrente da União Europeia, a descortinar o tratamento mais consentâneo e eficaz à criminalidade de colarinho branco (*white-collar-crime*).

Em *Itália*, com a Lei 205, de 25/06/1999, o Parlamento delegou ao Governo poderes à descriminalização de crimes mais brandos e à modificação do sistema penal e tributário (*“delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario”*). A mudança na disciplina quanto às sanções por violações às leis financeiras e tributárias² deveria se inspirar nas seguintes diretrizes: *a)* substituição por penas administrativas proporcionais ao montante do tributo alvo da evasão, considerando a reiteração de conduta e a gravidade das sanções penais já previstas; *b)* agregar sanções acessórias; *c)* abolir o princípio da ultra-atividade em matéria tributária; *d)* estabelecer nova configuração dos crimes atinentes ao Imposto de Renda e seu valor agregado, prevendo um restrito rol de tipos (*fattispecie*), circunscritos às agressões economicamente significativas; *e)* previsão de mecanismos a premiar a reparação do dano operada pelo agente; *f)* estabelecer somente a aplicação da disposição especial, quando o mesmo fato for punido no plano penal e administrativo. Os Decretos Legislativos 507, de 30/12/1999, e 74, de 10/03/2000, oriundos de deliberação do Conselho de Ministros, depois de ouvi-

da a respectiva comissão da Câmara dos Deputados e do Senado da República, trataram de despenalizar o contrabando aduaneiro³, de estabelecer novos tipos tributários e de atribuir ao pagamento integral do débito tributário o efeito de reduzir a pena até metade (excluídas as penas acessórias), se efetuado logo em seguida ao procedimento especial de conciliação ou de adesão previsto na legislação fiscal.

Na *França*, o Código Geral de Impostos, em caso de sonegação ou manobra fraudulenta análoga, a título de sanções penais, prevê multas substanciais (37.500 a 75.000 euros; 100.000 euros, em caso de reincidência), prisão de até cinco anos e privação automática, em caso de condenação, dos direitos cívicos, civis e familiares. Impõe, ainda, às expensas do condenado, a publicação, integral ou por extrato, do teor do julgamento, em jornal oficial da República Francesa (art. 1.741). Pronuncia, por igual, a responsabilidade solidária de todos os agentes ao ressarcimento do imposto sonegado (art. 1.745). O incitador à sonegação é passível de sanção penal autônoma: multa de 3.750 euros e prisão de até seis meses (art. 1.747). Em tema de impostos diretos, é possível a fixação de penas complementares, de duração não excedente a dois anos: ao agente, direta ou indiretamente, veda-se o exercício de toda profissão industrial, comercial ou liberal; suspensão do direito de conduzir veículo automotor (art. 1.750). O pagamento do imposto, total ou parcialmente, não enseja mitigação especial de pena.

Já em *Portugal*, as infrações tributárias referem disciplina apartada (Lei 15, de 05/06/2001). Bifurcam-se em *crimes* e *contra-ordenações*: àqueles, aplica-se pena de prisão de até 8 (oito) anos *ou* multa de 10 a 600 dias, além de seguirem o procedimento traçado no Código de Processo Penal; as derradeiras — infrações colocadas à margem do Direito Penal⁴

* Professor de Direito Penal e de Processo Penal, mestre em Direito, juiz federal.

¹ ARRUDA, 2005: 51-53.

² A doutrina italiana, de muito, assinala a necessidade de eliminar totalmente, senão de reduzir, o caráter especial do Direito Penal Financeiro/Tributário: sua regulação também deveria se operar no leito do Direito Penal comum (ANTOLISEI, 2003: 21).

³ A *depenalizzazione dei reati minori* também abrangeu a emissão de cheque sem autorização e sem fundos, a facilitação culposa à violação de sigilo, o uso de bilhete falsificado em transporte público, o exercício de comércio de pedras preciosas sem autorização legal, entre outros.

⁴ DIAS, 2004: 149-161.

— se subdividem em simples (coima não excedente a 3.750 euros) e graves (coima superior a 3.750 euros ou expressamente declaradas como tais na lei), sob o procedimento específico do *ilícito de mera ordenação social*. A modulação da sanção do *crime* atende, sempre que possível, ao gravame causado pelo agente. A pena privativa de liberdade de até 3 (três) anos pode ser “dispensada” se, concorrentemente, a gravidade do fato e a culpabilidade do agente não forem acentuados, houver se operado o adimplemento total da prestação tributária (com os acréscimos) e não objetarem razões de prevenção. Impossível a dispensa da pena, a *reposição da verdade fiscal* e o pagamento integral da exação, até a final decisão, impõem sua *atenuação especial*. Ainda quanto aos crimes, a pena de prisão é susceptível de suspensão, sob condição de adimplemento total da prestação tributária, no prazo de até cinco anos da condenação, além do eventual pagamento — se assim o pronunciar o juiz — do limite máximo estabelecido para multa. Ausente o adimplemento no interstício delimitado, ou se exigem garantias, ou se prorroga o período de suspensão até a metade, sem exceder o máximo tolerado (5 anos), ou se revoga a suspensão da pena privativa de liberdade. Prevê-se a imposição cumulativa de *penas acessórias*⁵, de duração não excedente a três anos e relacionadas às condutas tipificadas: *a*) interdição temporária ao exercício de atividades e profissões; *b*) vedação ao recebimento de subvenções/subsídios públicos, suspensão de qualquer benefício/franquia tributário e inibição do direito de obtê-los; *c*) proibição à participação de licitações públicas; *d*) encerramento do estabelecimento, dissolução da pessoa coletiva a que se relacione o agente; *e*) cassação de licenças/concessões e suspensão de autorizações; *f*) publicação da sentença condenatória, às expensas do condenado.

Na *Espanha*, o Código Penal de 1995, alterado em 2003, na disciplina dos crimes contra a Fazenda Pública e a Seguridade Social (*delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Título XIV), atrela a tipicidade a um montante mínimo de sonegação tributária ou de indevida apropriação: 120.000 (cento e vinte mil) euros. Na determinação da

quantia, em se tratando de tributos, retenções, ingressos à conta de devoluções, períodos ou de declarações periódicas, observa-se cada período impositivo ou de declaração; se os interregnos forem inferiores a doze meses, o montante deverá se referir ao ano natural. A pena é tabulada em 1 (um) a 4 (quatro anos) de prisão e a multa equivale à quantia sonegada/apropriada, a última passível de aumento até o seu sêxtuplo. A reprimenda comporta exacerbação, até a metade, quando se evidenciar o escopo de acobertar o verdadeiro responsável tributário, mediante utilização de interpostas pessoas, e quando se verificar a especial transcendência e a gravidade da defraudação, à luz do montante sonegado e da existência de estrutura organizada com poder de afetar uma pluralidade de obrigados tributários. Ao condenado, automaticamente, sob a rubrica de pena acessória, aplica-se a vedação à obtenção de subvenções, ajudas públicas e ao direito de gozar de incentivos fiscais e de seguridade social, num interstício de 3 (três) a 6 (seis) anos. A sonegação contra a Fazenda da União Européia, se o objeto material for igual ou superior a 50.000 (cinquenta mil) euros, é igualmente passível de censura penal. Há isenção de responsabilidade se a situação tributária do agente é *regularizada* antes de ser notificado pela administração tributária a respeito do início das atuações tendentes à determinação das dívidas tributárias ou, quando inexisterem atuações, antes de o poder público interpor querela/denúncia ou antes de o Ministério Fiscal ou o juiz de instrução realizarem atuações permitindo o conhecimento formal da iniciação das diligências: é dizer, a *regularização fiscal* deve preceder à formal atuação das agências públicas (Código Penal Espanhol, arts. 305 e 307).

Na *Alemanha*, a primeira *lei de luta contra a criminalidade econômica* (1976) incorporou ao Código Penal Alemão os crimes de fraude de subvenções públicas (§ 264-a), de estafa⁶ de crédito (§ 265-b). Também cunhou figuras abarcando a moderna delinqüência financeira (*crimes do colarinho branco: white-collar-crime*), sob a fórmula de tipos de perigo, onde a subministração da informação falsa é suficiente à punibilidade, dispensada a ocorrência de dano patrimonial a que o dolo se endereça. Sua sucessora,

⁵ Denominação ordinariamente repudiada no Direito brasileiro, preferindo-se, em seu lugar, fazer uso da locução *efeitos extrapenais genéricos* ou *específicos* da condenação (CP, arts. 91 e 92).

⁶ A descrição do crime de “estafa”, no Código Penal da Alemanha (§ 263), corresponde ao estelionato do Código Penal Brasileiro (art. 171).

a *segunda lei contra a criminalidade econômica* (1986), buscou ajustar o Direito Penal às variações técnicas e econômicas de operação no tráfico de negócios, em ordem a combater a criminalidade de informática (§ 263-a), criminalizar o *branqueamento de capitais* (§ 261) e agregar mecanismos idôneos a melhor arrostar a criminalidade organizada atuante no segmento⁷. A *retenção e malversação de contribuições arrecadadas dos trabalhadores para a seguridade social* — correspondente à apropriação indebita previdenciária nacional — é apenada com privação de liberdade de até 5 (cinco) anos e multa (§ 266-a). É possível a dispensa da censura penal, quando o agente, (1) até a data de vencimento ou imediatamente depois, comunicar, por escrito, à autoridade arrecadadora o montante das cifras retidas e (2) expor o porquê da impossibilidade de recolhê-las dentro dos prazos assinalados, apesar do sério esforço em fazê-lo. Havendo restituição das contribuições dentro do prazo assinalado pela autoridade arrecadadora, dès que cumprida a primeira providência (1), a pena não é imposta (§ 266-a-5). A *lei geral tributária alemã* de 1977 (*abgabenordnung* – AO/1977), nos §§ 369 a 376, tipifica os crimes tributários. A sonegação de cunho *profissional* e relativa a *bens roubados* (§§ 373 e 374) é passível de configurar crime de *lavagem de dinheiro* ou *ocultação de bens havidos ilicitamente* (CP Alemão, § 261). Se o crime se implementar a partir de dados incompletos ou incorretos, é possível a dispensa na aplicação da pena, contanto que o agente suplemente ou recupere os dados omitidos, antes de qualquer atuação da autoridade fiscal (AO, § 371).

Do breve apanhado, aflora a conformação dos crimes tributários e congêneres à linha de política criminal de cada nação. Na maioria dos sistemas, o integral adimplemento da prestação tributária, de ordinário, surge como legítima *terceira via* do direito repressivo⁸. Às vezes, antecipam-se-lhe os efeitos, ora se obviando a persecução penal, ora permitindo-lhe o estancamento: sempre, porém, a partir de marcos temporais. Nenhuma disciplina perfilha a irrestrita “bene-

volência”⁹ da legislação brasileira, onde o pagamento do tributo sonegado¹⁰ ou da contribuição apropriada, *independentemente de quando efetuado*, ostenta aptidão à extinção de punibilidade (Lei 10.684/2003, art. 9º, § 2º)¹¹. Entre nós, hoje, é indistigável o escopo meramente *arrecadador* da incriminação. A bem da verdade, quando o caso aporta em juízo, tem-se genuína “*ação penal de cobrança*”¹². É dizer, à “*execução fiscal*”, em curso no cível, agrega-se a “*execução criminal*”. Daí, liminarmente, afluem pelo menos três questões, cujo enfrentamento tem se proposto no foro criminal: 1) haveria maltrato à garantia do *ne bis in idem*, na medida em que um único fato gerador (inadimplemento: critério meramente econômico) estaria lastreando duas frentes de persecução, resolvíveis por um remédio comum: o integral pagamento? 2) nos demais crimes patrimoniais¹³, igualmente perpetrados sem violência ou ameaça à pessoa (furto simples, estelionato, apropriação indebita comum, etc.), não seria lícito se pugnar, à base de analogia *in bonam partem*¹⁴, pelo direito à fruição de idêntica benesse? 3) ao Judiciário, não seria outorgada a tarefa de servir

⁹ A complacência chega às raias de se permitir, relativamente à sonegação de contribuição previdenciária, a extinção de punibilidade sob “promessa” de pagamento, se pronunciada antes do início da ação fiscal (CP, art. 337-A, § 1º).

¹⁰ Ai se incluindo as exações relativas aos crimes de contrabando e descaminho (CP, art. 334), nos termos da Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal (“*A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo devid, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei 157/1967*”).

¹¹ “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27/12/1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

¹² TRF 2ª Região – Apelação Criminal 01760/RJ – Rel. Des. Carreira Alvim – DJ 06/07/2001, p. 48-50.

¹³ Os crimes financeiros e tributários, indubiosamente, têm como objeto jurídico o “patrimônio” estatal, donde deveriam ser extraídas receitas às melhorias públicas indistintas.

¹⁴ Qualquer causa excludente de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade ou dispensando a censura penal é susceptível de aplicação analógica (CARRARA, 2002: 366 e CERZO MIR, 2004: 214).

⁷ JESCHECK & WEIGEND, 2002: 112-113.

⁸ Modernamente, fala-se de um direito punitivo lastreado em *três vias*: às duas já existentes (pena e medidas de segurança), agregase a reparação de dano como recurso mais eficaz à consecução dos fins da pena, conciliando os legítimos interesses da vítima e suas necessidades preventivas (ROXIN, 2006: 42-43 e 108-110).

de anteparo ao abuso estatal na incriminação¹⁵, quando a fórmula proibida se ressentir de legitimidade, por divorciada da preservação do mínimo ético, por maltratar a isonomia e por se confrontar com normas sociais aniquilando — deslegitimando — a atuação de normas penais¹⁶ ?

São reflexões, entre tantas outras, que se impõem ao operador do Direito, a quem não se admite cerrar fileiras à *dramaturgia punitiva* de que fala Zaffaroni¹⁷. Talvez, fosse curial se deslocar o eixo da discussão: ao invés de se buscar a “solução” do problema da sonegação exclusivamente com o Direito Penal, forma suprema de coação estatal, urge se colocar em pauta, concorrentemente, a crônica ineficácia das políticas públicas no seu combate e o completo desguarnecimento das agências executivas vocacionadas à cobrança da dívida pública.

Referências Bibliográficas

ARRUDA, Êlcio. *Existe crime tributário ?* Boletim Ibrim, v. 12, 149, p. 9, abril 2005; Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v.17, 4, abril 2005.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale – parte generale*. 16. ed. Atualizada por Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. 1.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Tradução espanhola da 5. ed. alemã por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 2. ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, t. 1.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*. Tradução portuguesa de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002, v. 2.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004, t. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito Penal e controle social*. Tradução de Cíntia Toledo Mirada Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 2, n. 4, jul./dez. 1997.

¹⁵ FERRAJOLI, 2002: 15 e ss.

¹⁶ MUÑOZ CONDE: 2005: 25.

¹⁷ ZAFFARONI, 1997, p. 25-36.

Qual o porquê de a Lei 11.277/2006 não ter estendido regra idêntica à do art. 285-A do CPC às ações rescisórias fincadas em possível violação literal de disposição de lei (art. 485, V, do CPC)?

José Habib Fraxe Júnior*

Há regramento novo no CPC que, sopesados os motivos que ensejaram a sua criação, induz perplexidade quanto ao seu alcance.

Falo da possibilidade — advinda da introdução do art. 285-A do CPC (pela Lei 11.277/2006) — de que o julgador, “*Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos*” dispense “a citação” e profira (de imediato) “*sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada*”, facultando-se, em caso de apelação (§1º), a retratação, com regular prosseguimento da ação ou, entendendo-se por mantê-lo (§2º), ordene a citação do réu para responder ao recurso.

Lendo-se o preceito (que bem poderia denominar-se “*sentença imediata por manifesta improcedência de matéria jurídica repetitiva*”), ressalta nítido o seu objetivo (louvável sob o aspecto da rapidez; censurável, se mal utilizado, sob o aspecto da ampla defesa e do contraditório): induzir a celeridade dos feitos que versarem sobre matéria exclusivamente de direito, quando no juízo já houver sentenças (plural) de “total improcedência” em demandas pretéritas (duas, pelo menos: fala-se em “casos idênticos”).

É, aliás, pura concreção do princípio constitucional da celeridade, desde sempre implícito, ora positivado no art. 5º, LXXVIII, por força da EC 45/2004: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Embora pendente de julgamento a ADIn 3.695, ajuizada em 29/03/2006 pelo Conselho Federal da OAB (distribuída ao Min. Cezar Peluso), já tendo havido defesa da Advocacia Geral da União e mani-

festação (pela improcedência) da Procuradoria-Geral da República, o novo preceito legal já se encontra em vigor (presumindo-se constitucional).

O instituto se funda na conclusão de que, sem a influência de fatos novos, a tendência da orientação jurídica já fixada nos julgados paradigmas, salvo a superveniência de julgamentos — do STJ ou do STF, invariavelmente — que a alterem substancialmente, se manterá nos julgamentos subseqüentes, justificando que o feito seja resolvido até com dispensa do contraditório regular (que nada esclareceria).

As perguntas que não cessam são: A ação rescisória (art. 485 do CPC), também tal tratamento não mereceria? A competência originária dos Tribunais não se encontraria sujeita ao mesmo universo de repetição de feitos idênticos, manifestamente improcedentes, versando sobre matérias eminentemente de direito a merecer alteração legislativa que também privilegiasse o valor “celeridade” (sem prejuízo da segurança jurídica)?

Estes, os preceitos legais em que se pode fincar a ação rescisória:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

* Analista judiciário, oficial de Gabinete de desembargador federal do TRF 1ª Região

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Vê-se, assim, que, à exceção do inciso V (violação literal de disposição de lei), as demais hipóteses reclamariam compulsório exame de fatos ou documentos, o que obstaculizaria a incidência do art. 285-A do CPC (ausente o requisito da matéria exclusivamente de direito).

Ocorre, porém, que a imensa maioria de ações rescisória vem mesmo ao sabor de eventual violação literal a disposição de lei (lide puramente de direito), abrigadas em demandas de objeto absolutamente idêntico.

Não se alegue que a “*sentença imediata por manifesta improcedência de matéria jurídica repetitiva*” não se aplicaria às ações rescisórias porque ausente a possibilidade de que o autor de tal “apelação” (questão do contraditório diferido), uma vez que da decisão do relator caberia, quando menos, agravo interno (com viabilidade de retratação).

A redação literal do art. 285-A do CPC, todavia (a par de a lógica jurídica recomendar mesmo tratamento para situações idênticas), não possibilita, em princípio, já pela estreiteza dos termos “juízo” e “sentença”, de todo estranhos ao universo dos Tribunais (não há menção a relator, órgão fracionário ou acórdãos), interpretação que permita aplicar o novo instituto processual às ações rescisórias, sendo exigível, portanto, alteração legislativa que tal induza, a não ser que a jurisprudência abone interpretação mais ampla do tema, como fez ao estender a possibilidade de antecipação da tutela (art. 273 do CPC) às ações rescisórias antes mesmo da nova redação do art. 489 do CPC, conferida pela Lei 11.280/2006, que tal faculdade (agora) expressamente prevê.

Por tudo, torna-se iminente a possibilidade de que a parte [a] ajuíze ação ordinária; [b] a demanda seja, de pronto, julgada improcedente (com fulcro no art. 285-A do CPC); [c] a sentença transite em julgado; e — *agora o fato ilógico* — [c] seja ajuizada ação rescisória no Tribunal competente (com fincas no art. 485, V, do CPC), à qual não se poderá opor o óbice do art. 285-A do CPC.

O Tribunal (o relator), salvo por motivos ou-

tros idôneos, será obrigado, em hipóteses como a delineada, a processar e julgar ação que o juiz de primeiro grau está autorizado a estrangular no nascedouro, ceifando o mal pela raiz. Aguarda-se que a lógica jurídica desperte a sensibilidade legislativa (ou, quiçá, jurisprudencial); ou a faculdade vale para o julgador primário e para o relator (nos limites acima) ou não vale para ninguém.

A atribuição de efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade em matéria tributária em face da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Paulo Roberto Lyrio Pimenta*

1 Delimitação do tema

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem caminhando cada vez mais no sentido de permitir a atribuição de efeitos prospectivos às decisões de inconstitucionalidade em determinadas situações. No julgamento do Recurso Extraordinário 197.917, por exemplo, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei local que fixava o número de vereadores do município de Mira Estrela-SP, todavia, em atenção ao princípio da segurança jurídica, outorgou efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.¹ No mesmo ano, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.022, pela primeira vez em sua história, o Pretório Excelso conferiu à pronúncia de inconstitucionalidade em controle abstrato eficácia prospectiva, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/1999.²

O Tribunal, destarte, tem seguido de forma bastante acentuada a trilha da flexibilização dos efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade.

O propósito deste trabalho é examinar a possibilidade de manifestação dessa tendência jurisprudencial no campo tributário, o qual, tendo em vista os inúmeros problemas gerados pela declaração de inconstitucionalidade da norma jurídico-tributária, apresenta diversas peculiaridades.

2 Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no ordenamento brasileiro

No Direito brasileiro inexistia previsão constitucional expressa acerca dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade. Por influência da jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, que sempre se inclinou no sentido da admissão da eficácia *ex tunc*, abalizada corrente doutrinária passou a defender a existência do princípio constitucional implícito da nulidade da norma inconstitucional. A partir do final dos anos sessenta, foram surgindo no campo doutrinário alguns estudos defendendo a possibilidade de flexibilização desse posicionamento,³ com a atribuição de eficácia *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade. No início da década de setenta o Pretório Excelso reconheceu a possibilidade de relativização dos efeitos temporais do provimento em exame, contudo, com o passar dos anos, resistiu em consolidar essa tendência.

Finalmente, em 10/11/1999 foi promulgada a Lei 9.868/1999, regulando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prescrevendo a possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade em seu art. 27, cujo conteúdo é o seguinte: “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Tal dispositivo, que teve a sua constitucionalidade questionada por meio de duas ações diretas, ainda pendentes de apreciação na Corte Maior; inovou, desse modo, o nosso ordenamento, ao outorgar competência ao Pretório Excelso para relativizar a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade.

* Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP, mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, onde leciona, como professor adjunto, nos cursos de Doutorado, Mestrado e de Graduação. Juiz federal na Bahia.

¹ STF, RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004.

² STF, ADIn 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 04/03/2005.

³ Cf. por todos, Bittencourt, 1968: 148-149.

dade diante da presença de pressupostos formais e materiais. Admitiu o legislador, portanto, essa possibilidade, adotando, contudo, as cautelas necessárias ao seu exercício de maneira moderada.

Essa novidade acabou acendendo o debate sobre o tema dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade⁴ na doutrina, e, principalmente, na jurisprudência.

No âmbito do Pretório Excelso, em diversos julgamentos, realizados após a promulgação da aludida lei, tentou-se implementar o mencionado art. 27, sem obter êxito. Finalmente, em 2004, após uma série de discussões, a Corte acabou, por maioria de votos, admitindo a possibilidade de aplicação desse dispositivo, tendência que acabou se consolidando, como será adiante examinado.

3 Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Pretório Excelso, por influência do Direito Constitucional norte-americano — que inspirou o surgimento do nosso sistema de controle de constitucionalidade — entende há bastante tempo que a decisão de inconstitucionalidade apresenta eficácia *ex tunc*.⁵

Esse posicionamento foi flexibilizado em alguns julgados.

No primeiro deles, a Corte debruçou-se sobre os efeitos de uma lei do Estado de São Paulo, de 03/12/1971, que possibilitava servidores públicos do Poder Executivo atuarem como oficiais de justiça.

4 Em estudo anterior, já manifestamos o nosso entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade não deve importar necessariamente na pronúncia de nulidade, porque os efeitos produzidos pela norma inconstitucional (eficácia de fatos jurídicos) muitas vezes são protegidos por outros princípios constitucionais, podendo surgir, assim, uma tensão entre princípios, que deverá ser solucionada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (Pimenta, 2002: 93-94.)

5 STF, RE49735, 2ª Turma, Rel. Min. Pedro Chaves, DJ08/06/1966; ADIn 577, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 08/03/1996; ADIn 1.710, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03/09/1999; Rp 971, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 07/11/1978; Rp 1.016, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 26/10/1979.

Esse diploma normativo teve a sua invalidade declarada em 21/03/1973, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 832. Posteriormente, determinado cidadão, ao ter movida contra si ação de execução, arguiu a nulidade da penhora, alegando ter sido este ato processual praticado antes do julgamento do STF, realizado por serventuário irregularmente investido no exercício da função de oficial de justiça, posto que a lei que possibilitava essa atuação fora invalidada. Essa discussão chegou ao Tribunal por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 78.209, realizado em 04/06/1974, ocasião em que se aplicou a teoria do funcionário de fato para reconhecer a validade da penhora.⁶

Três dias após essa decisão, a Segunda Turma do Pretório Excelso enfrentou o mesmo tema, julgando caso semelhante, que também versava sobre a validade de penhora realizada por oficial de justiça do Estado de São Paulo, investido na função por meio da lei supracitada. Nesse julgado, o tema dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade foi examinado com profundidade, pela primeira vez na história. O Ministro Relator, Bilac Pinto, sustentou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não poderiam ser sintetizados numa regra única, aplicável para todos os casos. Ao seu sentir, seria necessário analisar, de um lado, a inconstitucionalidade declarada, e, de outro, a natureza da lei impugnada (de Direito Administrativo e de Processo Civil), para resolver a questão da nulidade ou validade dos atos praticados pelos aludidos oficiais de justiça. Assim, a definição dos efeitos no tempo da decisão deveria levar em consideração os princípios desses ramos do Direito. Com base nessa premissa, sustentou-se, então, a aplicação da teoria do funcionário de fato, oriunda do Direito Administrativo, e a regra do art. 278 do CPC, diante da ausência de prejuízo para o administrado, capaz de ensejar a declaração de nulidade, considerando-se válidos, portanto, os atos processuais epigrafados. Com base nesses fundamentos, foi reconhecida a validade de atos jurídicos realizados sob a égide de lei posteriormente declarada inconstitucional, flexibilizando-se, destarte, a jurisprudência acerca da nulidade abso-

6 STF, RE 78.209, 1ª Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, pub. em 09/10/1974.

luta da lei inconstitucional.⁷

Idêntico posicionamento foi adotado, novamente, pela Primeira Turma do Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário 79.628,⁸ cujo objeto era a mencionada lei paulista.

O tema dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade voltou a ser discutido pela Corte em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário 79.343, oportunidade em que o Ministro Relator, Leitão de Abreu, sustentou a natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade e a possibilidade de flexibilização dos seus efeitos temporais. Esse posicionamento, todavia, não logrou acolhida no âmbito do órgão jurisdicional em que foi defendido.⁹

Na década de oitenta a Segunda Turma julgou, em sede de recurso extraordinário, o caso que envolvia magistrado do Estado de Minas Gerais, o qual havia averbado, com fundamento no art. 104 da Constituição Estadual, tempo de serviço prestado em sociedade de economia mista, que lhe assegurava a percepção de uma gratificação adicional. Esse dispositivo constitucional foi posteriormente declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso, em controle difuso, sendo então retirado do ordenamento pela Resolução 34, de 08/10/1973, editada pelo Senado Federal. A partir de então a aludida gratificação deixou de ser paga ao juiz estadual que, inconformado, recorreu ao STF. Na resolução da demanda, a Corte entendeu que a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos não poderia ser afetada pela modificação na forma de contagem do tempo de serviço, flexibilizando, destarte, a atribuição dos efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade.¹⁰

Nova discussão envolvendo magistrados estaduais foi enfrentada pela Segunda Turma em 1994. O Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário para reformar acórdão que havia assegurado aos magistrados mineiros o direito de não restituírem

vantagens pecuniárias percebidas em razão de norma viciada, bem como de continuarem auferindo esta retribuição pecuniária. O apelo foi provido em parte pela Corte, para reconhecer o direito à não-devolução, sob o fundamento de que violava a garantia constitucional da irredutibilidade, que seria intangível em face da declaração de inconstitucionalidade da lei que determinava o pagamento dessa verba. Reconheceu-se, assim, o caráter prospectivo da decisão de inconstitucionalidade, negando-se, porém, o direito à manutenção do pagamento, eis que efetuado com base em norma eliminada do sistema.¹¹

Veio a lume, então, em 1999, a Lei 9.868, cujo art. 27, como salientado anteriormente, outorga competência ao STF para manipular os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade. Esse dispositivo foi impugnado por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.288 e 2.154, ainda pendentes de apreciação pela Corte, vale reafirmar.

Com o advento dessa inovação legislativa, surgiram tentativas de sua aplicação pela Corte Maior, tanto no âmbito das Turmas¹² como no do Tribunal Pleno,¹³ sem obterem sucesso.

Em 2004, o Tribunal, de maneira expressa, de maneira inédita, limitou os efeitos temporais da pronúncia de inconstitucionalidade no mesmo processo em que tal decisão foi proferida. Vale dizer, nos precedentes acima analisados, o tema dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade foi examinado pela Corte Maior em processo distinto daquele em que foi declarada a inconstitucionalidade da lei, ao julgar a irresignação dos sujeitos atingidos pela atribuição de eficácia retroativa à pronúncia de inconstitucionalidade. Foi o que ocorreu com as partes do processo de execução (caso dos oficiais de justiça) e dos magistrados mineiros.

A inovação em tela ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 197.917, realizado pelo Tribunal Pleno e publicado em 07/05/2004. Nesse julgamento, impunha-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que havia reformado decisão de

⁷ STF, RE 78.594, 2ª Turma, Rel. Min. Bilac Pinto, pub. em 30/10/1974.

⁸ STF, RE 79.628, 1ª Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, pub. em 11/12/1974.

⁹ STF, RE 79.343, 2ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu, pub. em 02/09/1977.

¹⁰ STF, RE 105.789, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, DJ 09/05/1986.

¹¹ STF, RE 122.202, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08/04/1994.

¹² RE 256.588, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30/10/2002.

¹³ ADIn 1.498, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13/12/2002.

primeiro grau, a qual tinha julgado procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual para reconhecer a inconstitucionalidade de Lei Orgânica 226/1990 do Município de Mira Estrela, que havia fixado o número de vereadores em desacordo com o critério previsto pelo art. 29, IV, da CF. A decisão monocrática reduziu de onze para nove o número de parlamentares do legislativo municipal, decretou a extinção do mandato do número excedente e condenou os vereadores excedentes a devolver ao erário os subsídios indevidamente percebidos. Essa decisão foi reformada pelo TJ/SP, que reconheceu a constitucionalidade da norma municipal impugnada. O caso, então, foi submetido à apreciação da Corte Maior, tendo o Ministro Relator reformado a decisão de 2º grau de jurisdição, com fundamento na existência de inconstitucionalidade na lei municipal epigrafada. No entanto, entendeu que o juiz não poderia alterar o conteúdo da norma impugnada, por se tratar de matéria sujeita à competência do Poder Legislativo Municipal. Posicionou-se, assim, pela declaração de inconstitucionalidade incidental, devendo a adequação do número de vereadores ser realizada, após o trânsito em julgado, pela Câmara de Vereadores. Nesse particular, o Ministro Gilmar Mendes divergiu, alegando que a hipótese era de adoção de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, posição que foi encampada pela maioria dos votos dos julgadores. Proclamou-se, afinal, a inconstitucionalidade da lei local com eficácia para o futuro, tendo em vista a existência de uma “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema vigente”. Afirmou-se, assim, a “prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade”.¹⁴ Inaugurou-se, desse modo, a atribuição de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, restringindo-se, finalmente, a jurisprudência da nulidade da pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia retroativa.¹⁵

¹⁴ STF, RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004.

¹⁵ Em outros julgamentos, que versavam sobre idêntica matéria, a Corte adotou o mesmo posicionamento, atribuindo efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade (STF, RE 273.844, Rel. Maurício Corrêa, DJ 21/05/2004; RE 199.522, Rel. Maurício Corrêa, DJ 11/06/2004; RE 300.343, Rel. Maurício Corrêa, DJ 11/06/2004).

Avançando por essa trilha, posteriormente tal posicionamento foi abraçado em sede de controle abstrato, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.022, proposta pelo Procurador-Geral da República, impugnando o art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e a Lei Complementar gaúcha 10.194/1994, por estenderem ao servidor público a assistência judiciária do Estado, quando processado civil ou criminalmente, em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções, violando, desse modo, os arts. 134 e 5º, LXXIV, da Constituição Federal. O Ministro Relator, Joaquim Barbosa, julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a existência de inconstitucionalidade apenas na alínea *a* do Anexo II da lei complementar epigrafada, entendendo que importava em ampliação das atribuições da defensoria pública, desvirtuando-se a sua missão constitucional e impondo-se o risco de não-concretização do direito à assistência jurídica. Considerando os eventuais prejuízos que decorreriam da pronúncia da nulidade da norma impugnada com efeitos *ex tunc*, entendeu o Relator limitar no tempo os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, com base no art. 27 da Lei 9.868/1999, sugerindo que a decisão somente produzisse efeitos a partir de 31/12/2004. Por unanimidade, reconheceu-se a inconstitucionalidade e, com relação aos efeitos temporais da decisão, o voto foi acompanhado por maioria, com as divergências dos Ministros Marco Aurélio e Eros Roberto Grau. Dessa maneira, a Corte acolheu de modo pioneiro, no controle abstrato, a tese da atribuição de eficácia *pro futuro* à decisão de inconstitucionalidade, aplicando expressamente o art. 27 da Lei 9.868/1999.¹⁶

No ano de 2005, em dois julgamentos o Pretório reafirmou novamente a possibilidade de manipulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. No primeiro, em que se discutiu a inconstitucionalidade de lei que atribuía determinada gratificação aos servidores públicos do Estado do Amazonas, a Segunda Turma entendeu que “a lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé”.¹⁷ Flexibilizou-se, assim, os efei-

¹⁶ STF, ADIn 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 04/03/2005.

¹⁷ STF, AG. REG. no RE 328.232, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 14/06/2005.

tos no tempo da declaração de inconstitucionalidade. Outra decisão foi proferida por esse órgão no final do ano referenciado, reafirmando a possibilidade de manutenção dos efeitos dos atos praticados com base em normas inconstitucionais. O caso versava sobre desconstituição de ato administrativo que havia deferido, mediante concurso público, a progressão de servidores públicos. A Corte entendeu que “os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos”.¹⁸ Vale dizer, aplicou-se a ponderação concreta de bens e interesses nesse julgado.¹⁹

4 Possibilidade de atribuição de eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária

Analisando-se a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, evidencia-se que a Corte flexibilizou o seu entendimento acerca dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade, admitindo a atribuição de efeitos prospectivos, em alguns casos, tanto no controle difuso quanto no abstrato, para salvaguardar determinados princípios constitucionais. Trata-se de posicionamento moderado, que importa em examinar o problema casuisticamente, verificando na situação fática objeto da decisão os valores que estão em jogo. Isso significa, em outras palavras, que se adotou, de maneira implícita, a técnica da ponderação concreta de bens e interesses. Verifica-se, também, que, malgrado o art. 27 da Lei 9.868/1999 seja objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, tratando-se, pois, de norma *sub judice*, vem sendo

¹⁸STF, RE 442.683, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24/03/2006.

¹⁹Em recente julgado, cujo acórdão ainda não foi publicado, em que se discutia a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990, o Tribunal parece que voltou a debater o tema dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade, suscitado pelo Ministro Gilmar Mendes. Decidiu-se, afinal, pela declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, sem alcançar as penas já extintas na data do julgamento, ou seja, com efeitos prospectivos. (Cf. STF, *Informativo* 372, 29/11 a 03/12/2004; 417, 20/02 a 03/03/2006, e 418, 06 a 10/03/2006).

aplicada pelo Tribunal, de maneira expressa.

A questão que se põe é saber se essa tendência jurisprudencial também poderá se manifestar em matéria tributária.

Há uma série de problemas que poderão surgir em face da pronúncia de inconstitucionalidade da norma jurídico-tributária. Basicamente, as questões a serem enfrentadas pela jurisprudência irão variar conforme o conteúdo da norma impugnada e, por conseguinte, dos valores e interesses que gravitarão ao redor do caso concreto. Deseja-se afirmar, em outros termos, que a ponderação de bens²⁰ será a técnica a ser utilizada para resolução dessa problemática.

Convém, observar, no entanto, que os novos precedentes supracitados da Corte Maior foram produzidos em face de casos concretos em que se deparou com relação jurídica de direito público: no caso dos vereadores, relação entre agentes públicos e municipalidade; na ADIn 3.022, relação processual, e, nos demais casos, relação de direito administrativo. Em tais julgados, preocupou-se o Tribunal, acertadamente, a nosso ver, em preservar os interesses dos administrados, evitando-se que a pronúncia de inconstitucionalidade pudesse aniquilar direitos subjetivos dos cidadãos. Preservou-se, desse modo, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança, relativizando-se, assim, a nulidade da norma inconstitucional.

Ora, na seara tributária tais princípios estão presentes de maneira marcante, podendo ingressar, dependendo do caso concreto, no juízo de ponderação de bens e interesses, a ser exercitado no momento da definição dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Como a tendência recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido a de tutelar os bens jurídicos relacionados com esses princípios, idêntico posicionamento poderá ser adotado diante da decisão de inconstitucionalidade da norma jurídico-tributária, o que significa que a atribuição de eficácia prospectiva poderá ser admitida tão-somente para proteger interesse do contribuinte, e não o do Fisco. Assim, por exemplo, se a Corte vier a declarar a inconstitucionalidade de norma instituidora de isen-

²⁰Em nosso entendimento, a ponderação de bens e interesses equivale ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

ção, deverá conferir eficácia *pro futuro* à decisão, preservando a segurança jurídica e a boa-fé. Adotando-se essa recente jurisprudência, portanto, pode-se inferir que toda vez que a pronúncia de nulidade com efeitos *ex tunc* for capaz de gerar para o contribuinte uma situação mais gravosa, deverá ser rejeitada, conferindo-se efeitos prospectivos à decisão.

Idêntica conclusão pode ser inferida acerca da possibilidade de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999 no campo tributário. Com efeito, esse dispositivo condiciona a flexibilização dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade à presença de dois pressupostos, em caráter alternativo: “razões de segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”. A segurança jurídica no Direito Tributário visa proteger o contribuinte, assegurando-lhe a possibilidade de calcular e prever os efeitos jurídicos dos seus atos, a fim de que possa planejar e orientar a sua conduta no campo econômico. Já o interesse social a que se reporta a norma só pode ser o interesse da coletividade, o interesse público primário, e não o interesse da Administração. Não é possível, portanto, aplicar-se esse dispositivo para assegurar o interesse arrecadatório do erário, negando-se, por exemplo, a possibilidade de repetição de indébito em face da declaração de inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo. Em suma, os pressupostos materiais autorizadores da manipulação dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade condicionam no campo tributário o exercício dessa competência à proteção dos interesses dos administrados.

5 Conclusões

I) Analisando-se a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, evidencia-se que a Corte flexibilizou o seu entendimento acerca dos efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade, admitindo a atribuição de efeitos prospectivos, em alguns casos, tanto no controle difuso quanto no abstrato, para salvaguardar determinados princípios constitucionais. Trata-se de posicionamento moderado, que importa em examinar o problema casuisticamente, verificando-se na situação fática, objeto da decisão, os valores que estão em jogo;

II) os novos precedentes do Pretório Excelso foram produzidos em face de casos concretos em que

se deparou com relação jurídica de direito público: no caso dos vereadores, relação entre agentes públicos e municipalidade; na ADIn 3.022, relação processual, e, nos demais casos, relação de direito administrativo. Em tais julgados, preocupou-se o Tribunal, acertadamente, em preservar os interesses dos administrados, evitando-se que a pronúncia de inconstitucionalidade pudesse aniquilar direitos subjetivos dos cidadãos. Preservou-se, desse modo, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança, relativizando-se, assim, a nulidade da norma inconstitucional;

III) adotando-se a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se inferir que toda vez que a pronúncia de nulidade com efeitos *ex tunc* for capaz de gerar para o contribuinte uma situação mais gravosa, deverá ser rejeitada, conferindo-se efeitos prospectivos à decisão.

Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Carlos Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário*. São Paulo, Dialética, 2002.

Corte Especial

Incidente de Inconstitucionalidade na AMS

2002.34.00.023567-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian
Argüente: Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Argüido: Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ
Advogados: Dr. Claudinei José Fiore Teixeira e outro
Argüida: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara/ DF
Publicação: DJ 2 de 07/12/2006

Ementa

Administrativo. Constitucional. Reestruturação de carreiras no âmbito da Administração Pública Federal. Procurador da Fazenda Nacional. Pro labore. Art. 7º da Medida Provisória 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002. Vantagem não estendida aos servidores aposentados. Tratamento não isonômico entre ativos e inativos. Inconstitucionalidade. Violação ao Art. 40, § 8º, da CF/1988.

I – Art. 40, § 8º, da Carta Política (redação originária):

§ 8º – Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

II – Medida Provisória 43/2002, art. 7º, *caput*, convertida na Lei 10.549/2002. Na expressão “exceto o pro labore a que se refere o art. 4º, relativamente às aposentadorias e pensões concedidas até a data de sua publicação”, reconhecida a inconstitucionalidade no que se refere à vantagem prevista no art. 4º da citada Medida Provisória.

III – Incidente de inconstitucionalidade argüido na 2ª Turma, ora acolhido na Corte Especial.

Acórdão

Decide a Corte Especial, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 7º, *caput*, da Medida Provisória 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002, na parte em que dispõe: “exceto o pro labore a que se refere o art. 4º, relativamente às aposentadorias e pensões concedidas até a data de sua publicação”.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 05/10/2006.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
– Trata-se de incidente de inconstitucionalidade

suscitado pela 2ª Turma quando do julgamento das apelações interpostas pelo SINPROFAZ e pela União, em face do *caput* do art. 7º da MP 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002, que excluiu o recebimento da gra-

tificação denominada *pro labore* dos procuradores da Fazenda Nacional aposentados à época da edição do diploma normativo.

2. O v. acórdão está assim ementado:

Servidor público. Administrativo. Procuradores da Fazenda Nacional aposentados. Pró-labore. MP 43/2002. Convertida na Lei 10.549/2002. Art. 7º, caput. Incidente de inconstitucionalidade. Ofensa ao disposto no § 8º do art. 40 da CF/1988. Redação anterior à EC 41/2001.

I. Alegando o sindicato co-apelante que o *caput* do art. 7º da MP 43/2002 teria violado o §8º do art. 40 da Constituição Federal, na redação anterior à EC 41/2001, ao excluir os procuradores da Fazenda Nacional aposentados antes da publicação da referida MP de receberem a Gratificação denominada *pró-labore*, é de se suscitar incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial.

II. Julgamento suspenso, encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal.

3. Parecer Ministerial, fls. 334/340, asseverando que o art. 7º da Medida Provisória 43, que exclui dos procuradores da Fazenda inativos o direito à percepção do *pro labore* previsto no art. 4º da mesma MP, convertida na Lei 10.549/2002, é de indiscutível inconstitucionalidade por afronta ao § 8º, art. 40, da CF/1988.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— A Medida Provisória 43/2002 reestruturou a carreira de Procurador da Fazenda Nacional estabelecendo igual denominação para todos os seus membros, agrupando-os em categorias e padrões distintos, ao mesmo tempo em que procedeu ao reposicionamento de seus integrantes, criando-lhes uma nova tabela de remuneração e vantagens.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Assusete Magalhães, Aloisio Palmeira Lima, Carlos Fernando Mathias, Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro, Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Antônio Ezequiel da Silva, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Maria do Carmo Cardoso e Leomar Amorim. Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus.

2. Ocorreu uma alteração no que se refere à forma de remuneração da carreira de Procurador da Fazenda, visto que a citada Medida Provisória aumentou o vencimento básico do cargo, art. 3º, e extinguiu a parcela denominada representação mensal, art. 5º.

3. No que se refere ao *pro labore*, este era pago, até a MP 43/2002, aos ativos, inativos e pensionistas indistintamente, por força das Leis 7.711/1988 e 9.624/1998, tendo seu montante reduzido por aquela MP para o percentual de 30% (trinta por cento) do vencimento básico.

4. Nestes termos, a Lei 10.549 de 13/11/2002, antes Medida Provisória 43 de 25/06/2002, que dispõe sobre a remuneração dos cargos da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, estabelece o seguinte:

Art. 3º Os valores de vencimento básico dos cargos da carreira de Procurador da Fazenda Nacional são os constantes do Anexo II, com vigência a partir de 01/03/2002.

[...]

Art. 4º O *pro labore* de que trata a Lei 7.711, de 22/12/1988, será pago exclusivamente aos integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional no valor correspondente a até trinta por cento do vencimento básico do servidor.

§ 1º Excepcionalmente, os atuais ocupantes de cargos comissionados, não integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, continuarão percebendo o *pro labore* de que trata o *caput* nos valores vigentes em fevereiro de 2002, cessando o pagamento desta vantagem com a exoneração do cargo.

§ 2º O *pro labore* será atribuído em função da eficiência individual e coletiva e dos resultados alcançados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme dispuser o regulamento.

[...]

Art. 7º Aplicam-se as disposições desta Lei às aposentadorias e pensões, exceto o *pro labore* a que se refere o art. 4º, relativamente às aposentadorias e pensões concedidas até a data de sua publicação.

Anexo II (Lei 10.549, de 13/11/2002)

Vencimento básico dos cargos da carreira de Procurador da Fazenda Nacional

Categoria	Padrão	Vencimento básico
Especial	III	5.636,96
	II	5.494,98
	I	5.357,30
Primeira	V	5.054,06
	IV	4.915,92
	III	4.781,56
	II	4.650,87
	I	4.523,75
Segunda	VII	4.267,69
	VI	4.175,19
	V	4.084,70
	IV	3.996,17
	III	3.909,56
	II	3.824,74
	I	3.741,92

5. Verifico, de início, que, apesar da alteração constitucional pela Emenda 41/2003, que modificou, entre outros dispositivos, o § 8º do art. 40 da CF/1988, ao estatuir que “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei” e dos argumentos expendidos pela União, é possível, pela sistemática adotada pela Medida Provisória ora objeto de exame, levar para inatividade o *pro labore*, desde que recebido por um período de, no mínimo, 60 (sessenta) meses, conforme art. 7º, § 1º, inciso I, da MP 43/2002.

6. Na verdade, além de outras normas legais no mesmo sentido, o Executivo utilizava-se na época em que vigorava a redação originária do § 8º do art. 40 da Constituição, exatamente para escapar do excesso de despesas orçamentárias em remunerar os servidores aposentados com gratificações, da denominação de “atividade”. Na verdade, foi uma fórmula engendrada no Executivo para dizer que, como se tratava de “gratificação de atividade”, não estaria abarcada pela regra do § 8º do art. 40, até que conseguiu, por emenda constitucional no Congresso, excluir do texto da Constituição o § 8º do art. 40, na forma em que obrigava a extensão das alterações remuneratórias dos servi-

dores ativos para os aposentados.

7. Pode-se dizer que essa medida provisória concedeu um aumento linear de 30% (trinta por cento) a todos os servidores nela elencados e tanto isso é a realidade que hoje a lei de regência em vigor estabelece que quem se aposentou antes da medida provisória ou menos de cinco anos depois da medida provisória recebe automaticamente, nos proventos de sua aposentadoria 30% (trinta por cento) do vencimento a título do *pro labore*.

8. Entendo, outrossim, irrelevante, no caso, a tese de que, por se tratar de desempenho, haveria necessidade de apuração ou levantamento da qualidade de trabalho de cada servidor quando em atividade, para justificar a sua não-extensão aos já aposentados na data em que instituída a gratificação porque a própria medida provisória em relação a esta e às demais gratificações que instituíra, estabelece um percentual fixo, até que se façam os levantamentos e os critérios de avaliação, que até hoje não existem (art. 4, § 2º).

9. Assim, adoto como razão de decidir o lúcido parecer do ilustrado Procurador Regional da República, Dr. Antônio Carlos Alpino Bigonha, *verbis*:

[...]

O artigo citado excluiu das aposentadorias e pensões concedidas até a data de sua publicação (junho/2002) a vantagem denominada *pro labore*, instituída pela Lei 7.711/1988. No entanto, esta parcela prevista no art. 4º da MP 43/2002 continuou a ser devida aos integrantes da carreira (ativos) no valor correspondente a até 30% do vencimento básico do servidor, inclusive aos ocupantes de cargos comissionados, e será atribuída em função da eficiência individual e coletiva e dos resultados alcançados pela Procuradoria.

O *pro labore* ora questionado, contudo, será incorporado aos proventos da inatividade dos servidores que o perceberem há “pelo menos sessenta meses” e será “calculado pela média aritmética dos últimos sessenta meses anteriores à aposentadoria ou instituição da pensão” (art. 7º, § 1º, MP 43).

Ocorre que tal limitação implica em inequívoca exclusão dos servidores que já se aposentaram antes do advento da MP 43/2002 e daqueles que irão aposentar-se daqui para frente (até 2007), pois em ambos os casos a norma literalmente veda a percepção da vantagem tendo em vista que o critério de cálculo é insusceptível de ser satisfeito por qualquer aposentado.

Ademais, é irrelevante a previsão estatuída

no § 2º do art. 7º da MP 43/2002 de que “As aposentadorias e as pensões que vierem a ocorrer antes de transcorrido o período a que se refere o inciso I do § 1º não poderão resultar para os atuais procuradores da Fazenda Nacional, em cada categoria e padrão, em proventos e pensões inferiores a que teriam direito se a aposentadoria ou a instituição da pensão tivesse ocorrido até a data de publicação desta Medida Provisória, devendo eventual diferença ser paga a título de vantagem pessoal nominalmente identificada”, pois tal dispositivo visa tão-somente preservar a irredutibilidade de vencimentos, sem o condão de garantir a efetiva paridade de remuneração entre ativos, aposentados e pensionistas. Patente, dessa forma, a violação ao art. 40, § 8º, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, então aplicável, *in verbis*:

“Art. 40, § 8º. Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens eventualmente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão de pensão, na forma da lei”.

A propósito, a lição de José Afonso da Silva sobre o tema:

“É garantia constitucional dos aposentados a revisão de seus proventos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria (art. 40, § 4º). O dispositivo corta o vezo meio maroto de rever vencimentos de servidores na atividade por meio de alteração (transformação ou reclassificação) de sua escala de referências numéricas, elevando-as, de tal sorte que a melhoria não era extensiva aos inativos. Essas alterações agora beneficiam igualmente os aposentados”. [Grifo nosso.]

A Constituição da República é, por conseguinte, expressa ao determinar o pagamento de tais parcelas também aos aposentados e pensionistas, o que não pode, por conseguinte, ser subtraído pela ação do legislador ordinário. É que não há como aplicar o disposto no art. 7º da Medida Provisória 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002,

sem ferir o teor da Norma Fundamental, vez que a equiparação de vencimentos entre aposentados e pensionistas consubstancia direito constitucionalmente assegurado pelo art. 40, § 8º, da CF.

Assim, admitir a constitucionalidade da exclusão dos inativos implicaria em privilegiar a legislação ordinária em detrimento da Carta Política, o que vai de encontro ao princípio da supremacia constitucional, na lição de Larenz e Victor Nunes.

Ressalta-se que o art. 40, § 8º, da Constituição Federal assegura, efetivamente, a paridade de vencimentos entre os servidores em atividade e os inativos, sem assegurar o direito adquirido a critério de pagamento instituído por legislação posteriormente revogada, atendida a necessária irredutibilidade salarial. E mais, o artigo constitucional citado assegura aos servidores inativos as vantagens remuneratórias concedidas aos servidores ativos de caráter geral e não aquelas decorrentes do efeito exercício da atividade.

No caso dos autos, o *pro labore* previsto no art. 4º da MP 43, convertida na Lei 10.549/2002, excluído dos inativos pelo *caput* do art. 7º da mesma medida, na prática, constitui aumento linear de vencimentos dos servidores ativos em detrimento dos aposentados. É que, para que o pagamento seja restrito aos ativos, deve haver efetiva aferição de desempenho, segundo rotinas explícitas e critérios objetivos. Tudo isto, entretanto, ficou pendente de futura e incerta regulamentação, o que viola a garantia contida na norma constitucional citada. Confira-se:

“Art. 4º O *pro labore* de que trata a Lei 7.711/1988 será pago exclusivamente aos integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional no valor correspondente a até 30 por cento do vencimento básico do servidor.

§ 1º Excepcionalmente, os atuais ocupantes de cargos comissionados, não integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, continuarão percebendo o *pro labore* de que trata o *caput* nos valores vigentes em fevereiro de 2002, cessando o pagamento desta vantagem com a exoração do cargo.

§ 2º O *pro labore* será atribuído em função da eficiência individual e coletiva e dos resultados alcançados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, conforme dispuser regulamento”.

Daí que seu pagamento indiscriminado e em percentual fixo a todo o quadro ativo denuncia sua real natureza, isto é, aumento linear de vencimentos. Ainda, pelo artigo citado o *pro labore* continua sendo pago aos servidores comissionados.

[...]

10. Nesse sentido, já se pronunciou o colendo Supremo Tribunal Federal, a saber:

Aposentadoria. Servidor público. Extensão da gratificação de encargos especiais. Art. 40, § 4º, da CF.

– Ambas as Turmas desta Corte, ao julgarem casos análogos ao presente (assim no RE 234.800 e nos AGRAGs 207.594, 207.384 e 245315), firmaram o entendimento que vem assim resumido na ementa do primeiro desses acórdãos: “*Servidores inativos da Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado do Rio de Janeiro. Extensão da Gratificação de Encargos Especiais concedida aos servidores em atividade. Art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Vantagem remuneratória deferida, de forma geral, às categorias de servidores, tratando-se, em verdade, de melhoria de vencimentos sob o rótulo de gratificação, hipótese que comporta a extensão determinada, na forma do art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Não há que se cogitar, na espécie, de intromissão do Judiciário em campo estranho ao que lhe é reservado pela ordem constitucional, nem cabe falar-se em afronta à Súmula 339. Precedentes da Corte. Recurso não conhecido.*”

– Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso conhecido e provido. (RE 301034/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ 28/06/2002.)

11. Ademais, em decisão monocrática, o eminente Ministro Cezar Peluso julgou improcedente reclamação ajuizada em face da decisão do Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo que concedeu antecipação de tutela a procuradores da Fazenda Nacional aposentados com o fim de que a União restabeleça o pagamento do *pro labore*, nestes termos:

1. Trata-se de reclamação contra decisão do Juiz Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, que, em sede de mandado de segurança, concedeu antecipação de tutela a servidores federais aposentados, integrantes da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, impondo à União o restabelecimento imediato do pagamento da gratificação denominada *pro labore* de êxito, criada pela Lei 7.711/1988, e reformulada pela Medida Provisória 43/2002, ao final convertida, sem alterações, na Lei 10.549/2002. A decisão atacada, além de acolher o pleito dos requerentes, que se fundava na violação dos princípios constitucionais do direito adquirido, da paridade de tratamento e

da isonomia entre servidores públicos aposentados e em atividade, pautou-se na aplicação da Súmula 359 desta Corte “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários”. A reclamante alega ter sido afrontada a autoridade desta Corte, consoante firmado no julgamento cautelar da ADC 4, o qual declarou a constitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, do disposto no art. 1º da Lei 9.494/1997.

2. Inconsistente a reclamação. O Plenário desta Corte assentou orientação de que, em se tratando de benefícios previdenciários, não se lhes aplica o decidido na ADC 4 (RCL 1.058, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 30/05/2001). Tal postura, que espelhou não poucos precedentes (AGRRCL 1.067, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 03/09/1999; AGRRCL 1.137, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 23/03/2000; AGRRCL 1.105, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 23/03/2000; AGRRCL 1.132, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/03/2000; RCL 1.122, Rel. Min. Néri da Silveira), tem sido reafirmada (cf. RCL 1.024, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/06/2001). E, a meu ver, é irrepreensível. A razão básica é porque, qualquer que seja sua razão jurídica específica, a correção de proventos de aposentados ou pensionistas, decorrendo da aplicação da norma de eficácia plena e incidência imediata, capitulada no art. 40, § 8º, da vigente Constituição da República, com a redação da Emenda 20/1998, não pode confundir-se com nenhuma das hipóteses de “reclassificação ou equiparação”, “aumento ou extensão de vantagens”, nem de “pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”, típicas da condição de servidores públicos e das quais cuidam o art. 1º da Lei 4.348/1964 e o art. 5º da Lei 5.021/1966. Ou seja, a decisão que, como a da espécie, defere tal acerto no valor dos proventos, não tem por pressuposto a invalidez jurídico-constitucional do art. 1º da Lei 9.494/1997, de modo que lhe não entra no âmbito de incidência. Seu fundamento está, antes, na reverbência de norma constitucional. 2. Diante do exposto, com fundamento no art. 38 da Lei 8.038, de 28/05/1990, art. 557, *caput*, do CPC, e art. 21, §1º, do RISTF, julgo improcedente a reclamação.

Publique-se. Int.. Brasília, 13/11/2003. Ministro Cezar Peluso Relator.

12. Cabe, ainda, recordar voto do Desembargador Federal Tourinho Neto, na Argüição de Inconstitucionalidade na AMS 2001.34.00.021474-7/DF, julgada pela Corte Especial em 18/09/2003, não acolhido por motivos outros, *verbis*:

[...]

Logo, os arts. 54 e 55 Medida Provisória 2.048-26, de 29/06/2000, — reeditada várias vezes, até culminar na Medida Provisória 2.229-43, de 06/09/2001, arts. 59 e 60 — ofenderam esses dois dispositivos da Constituição Federal, os §§ 3º e 8º do art. 40. Nada mais claro.

Sobre essa questão, disse o saudoso Prof. Josaphat Marinho, em parecer concedido à Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias – ANGIP, ao Sindicato Nacional dos Agentes de Inspeção do Trabalho – SINAIT, ao Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal – UNAFISCO, ao Sindicato Nacional dos Técnicos da Receita Federal – SINDTTEN e à Federação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias – FENAFISCO:

“Como se vê, expressamente a provisão constitucional” [§ 8º do art. 40 da Constituição Federal] “estabeleceu tratamento isonômico entre os servidores em atividade e os aposentados ou pensionistas, ressaltando o respeito ao teto de salários”. Elucida que tal situação de paridade abrange quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. E, para evitar reservas ou discriminações, acrescenta que esses benefícios ou vantagens se estendem aos inativos, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.”

[...]

Pelo exposto, reconheço a inconstitucionalidade do art. 7º, *caput*, na expressão “exceto o *pro labore* a que se refere o art. 4º, relativamente às aposentadorias e pensões concedidas até a data de sua publicação”, da MP 43/2002, convertida na Lei 10.549/2002.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves: — Senhora Presidente, também estou de acordo com o Relator e apenas gostaria de deixar registrado que, na 1ª Turma, matéria — não sei especificamente sobre essa questão do *pro labore* — de igual teor tem sido julgada sem a declaração formal de inconstitucionalidade. A Turma entende de conceder o benefício, no caso, aos aposentados, sob o fundamento de que aquela restrição não lhes atinge, em razão da disposição constitucional. No fundo, não faz muita

diferença, mas deixo registrado esse posicionamento que tem sido adotado na 1ª Turma.

Acompanho o Relator, apenas com essa ressalva.

Primeira Seção

Embargos Infringentes na Apelação Cível

1999.01.00.094334-4/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Dr. José Alexandre Essado

Embargado: Nilton de Miranda Rocha

Advogados: Dr. Eduardo Antônio Leão Coelho e outros

Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Ementa

Previdenciário. Reconhecimento de tempo de serviço rural. Regime economia familiar. Meio de prova. Declaração de sindicato homologada pelo Ministério Público. Prova plena. Entendimento da 1ª Seção deste Tribunal.

I – Declaração de sindicato de trabalhadores rurais, homologada pelo Ministério Público antes da Lei 9.063/1995, que transferiu para o INSS a competência para a referida homologação, é documento idôneo à comprovação do exercício de atividade rural.

II – Não deixa de surtir efeito para fins de reconhecimento de serviço rural declaração que, embora expedida no período de vigência do art. 106 da Lei 8.213/1991, em sua redação original, só foi homologada dias depois, quando já vigorava a Medida Provisória 598/1994.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 24/10/2006.

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*, Relator.

Relatório

O Exmo Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima:

— 1. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS opôs embargos infringentes ao acórdão proferido pela 2ª Turma deste Tribunal (fls. 139 a 147), para que prevaleça o voto vencido do eminente Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, que negava provimento à apelação do autor de reconhecimento de tempo de serviço rural.

2. Argumenta que o voto condutor do acórdão ora embargado deu provimento à apelação, sob fundamento de que declaração de sindicato rural é prova suficiente para reconhecimento de suposta atividade rural no período de 10/01/1958 a 27/12/1973, nos

termos da Lei 8.213/1991, art. 106, inciso III, em sua redação primitiva. Sustenta, no entanto, que a declaração do sindicato juntada aos autos, “aparentemente emitida antes da edição da MP 598, de 31/08/1994, somente foi homologada pelo Ministério Público em 13/09/1994. Nesta data, o art. 106, inciso II, da Lei 8.213/1991 já havia sido alterado pela referida MP, sendo que o Ministério Público não mais detinha legitimidade para homologar declaração de sindicato rural para fins de comprovação de tempo de serviço rural”.

3. Acrescenta que, conforme ressaltou o ilustre Des. Federal Carlos Moreira Alves, “a declaração do sindicato rural, embora supostamente expedida pela autoridade sindical em data anterior à alteração

do art. 106, inciso III, da Lei 8.213/1991 (pela MP 598/1994), somente veio a ser homologada em pelo Ministério Público após a revogação do referido dispositivo. Efetivamente, a declaração do sindicato e sua homologação pelo Ministério Público consubstancia ato complexo, que só se aperfeiçoaria com a manifestação do membro do *parquet* enquanto estivesse em vigor o texto primitivo do art. 106, inciso III, da Lei de Benefícios”.

4. Pede, assim, o provimento dos embargos para reformar o acórdão embargado nos termos do aludido voto vencido.

5. Foi oferecida impugnação aos embargos (fls. 156 a 160).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima: —

1. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS pretende modificar julgamento proferido no acórdão que está assim ementado:

Previdenciário. Aposentadoria por idade. Rurícola. Início razoável de prova documental. Prova plena. Declaração do sindicato. Homologação. MP 598. Prova testemunhal complementar.

1. Constituem início razoável de prova material, entre outros, os documentos: a) declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de que o requerente exerce atividades rurais, homologada pelo Ministério Público; b) certificado de dispensa de incorporação, qualificando o requerente como lavrador. Em princípio, esses documentos devem ser contemporâneos à época que se quer provar como tendo trabalhado como rurícola.

2. A presença, tão-somente, de início razoável de prova material *não é suficiente* para reconhecer tempo de serviço de atividade rural, sendo essencial a prova testemunhal, pois a prova documental, na imensa maioria dos casos, comprova, apenas, a qualidade de trabalhador rural, mas *não prova* o período trabalhado.

3. Declaração de exercício de atividade rural, fornecida pelo Sindicato, *em data anterior à*

edição da Medida Provisória 598, e homologada pelo Ministério Público na vigência desta, constitui prova plena, estando de acordo com o art. 106, II, da Lei 8.213/1991.

4. Só a prova plena dispensa a prova testemunhal.

5. Apelação provida.

2. Trata-se de questão conhecida desta Seção, cuja orientação jurisprudencial firmou-se no sentido de que a declaração do sindicato de trabalhadores rurais, devidamente homologada pelo Ministério Público, anteriormente à alteração da Medida Provisória 598, de 31/08/1994, convertida na Lei 9.063, em 14/06/1995, faz prova plena do exercício de atividade rural (EIAC 1999.01.00.024701-9/DF).

3. O autor trouxe aos autos declaração firmada pelo Sindicato de Trabalhadores Rurais de Canto do Buriti, no Piauí, em 30/08/1994, portanto, antes da vigência da Medida Provisória 598, de 31/08/1994, que transferiu para o INSS a competência para homologação de declaração de exercício de atividade rural expedida por sindicatos rurais.

4. Contudo, tendo em vista que a homologação do promotor de Justiça só ocorreu treze dias após a vigência da aludida medida provisória, 13/09, sustenta a autarquia não ser possível, com base nesse documento, o reconhecimento do tempo de serviço pleiteado.

5. Associo-me ao entendimento do ilustre Desembargador Federal condutor do voto vencedor, que afirmou:

...a homologação pelo Ministério Público ratificou um ato do sindicato que foi realizado anteriormente à edição da MP 598 e, conseqüentemente, da Lei 9.063/1995, em que ela se transformou. O ato que declara, e que, portanto, reconhece o tempo de serviço prestado pelo apelante, é o do sindicato, apenas confirmado pelo Ministério Público, de modo a lhe dar confirmação.

Tenho, assim, que a declaração do sindicato, prestada anteriormente à MP 598/1994, e posteriormente homologada pelo Ministério Público, constitui prova plena, estando de acordo com o art. 106, inciso III, da Lei 8.213/1991.

6. Demais, além da declaração do sindicato, existe ainda declaração de dispensa de incorporação ocorrida em 1965, indicativa da profissão de lavrador. A alegação do juiz na sentença de que esse certificado “foi emitido em data posterior ao período preten-

* Participaram do julgamento os Exmos. Des. Federais José Amilcar Machado, Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Neuza Maria Alves da Silva e o Exmo. Sr. Juiz Federal Iran Velasco Nascimento (convocado).

dido à averbação, qual seja, 23/04/1974, portanto, não contemporâneo à época dos fatos”, não merece prosperar, porquanto, embora expedida em data posterior, reproduz informações relativas ao período que se quer averbar. Serve como início razoável de prova material.

7. Existe, ainda, nos autos certidão de cadastro de propriedade rural, fornecida pelo INCRA, o qual atesta que, “o imóvel rural denominado Sobrado, com área de 306 hectares, localizado em Canto do Buriti/PI, encontrava-se cadastrado nesta autarquia em nome de João Miranda, no período de 1966 a 1972”, ou seja, em nome do pai do requerente. E acrescenta, “por oportuno, esclarecemos que não consta informação sobre assalariados permanentes no referido imóvel”, o que, mesmo que não pudesse ser tido como início de prova material do exercício de atividade rural, revela a residência no campo e fortalece a alegação de trabalho rural em regime de economia familiar.

8. Assim, mesmo que não valesse como prova plena de atividade rural, a declaração sindical homologada pelo promotor de Justiça deveria ser considerada, pelo menos, como razoável início de prova material.

9. Pelo exposto, nego provimento aos embargos infringentes e mantenho o acórdão recorrido, em todos os termos.

É o voto.

Segunda Seção

Conflito de Competência

2006.01.00.038040-5/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz

Autora: Justiça Pública

Procurador: Dr. Daniel de Resende Salgado

Indiciado: a apurar

Suscitante: Juízo Federal da 11ª Vara /GO

Suscitado: Juízo Federal da 9ª Vara/MG

Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Ementa

Processual Penal. Conflito de competência. Transferências fraudulentas via internet. Furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP). Consumação no local do dano.

I – A transferência eletrônica fraudulenta de valores, via internet, para outras contas mantidas por outras instituições bancárias, configura o crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP).

II – Competência, para processar e julgar a causa, do juízo suscitado, da 9ª Vara/MG, tendo em vista que o dano ocorreu em Belo Horizonte/MG, no momento da subtração fraudulenta dos valores.

III – Competência do juízo suscitado.

Acórdão

Decide a Seção conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, ora suscitado, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 08/11/2006.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Ao manifestar-se nos autos, a doutra PRR/1ª Região assim sumariou os fatos:

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, em vista de ter o Juízo Federal da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais declinado a sua competência relativamente às investigações sobre a transferência fraudulenta, via internet, de valores de correntista da Caixa Econômica Federal no Estado de Minas Gerais para contas correntes no Estado de Goiás, Minas Gerais e Tocantins.

O crime noticiado pela autoridade policial é cometido através de mensagens eletrônicas enviadas pela internet a várias pessoas que, uma vez abertas, executam programas capazes de captar dados do usuário, tais como o número de sua conta corrente e a senha do banco. De posse de tais informações, os autores efetuam transferências de valores no sítio da CEF, como se fossem clientes, para contas abertas com documentos falsos ou em nome de “laranjas”.

Entendeu a autoridade policial, a Procuradoria da República em Belo Horizonte, bem como o juízo suscitado, tratar-se o presente caso de delito de estelionato, cuja competência é estabelecida no local em que foi obtida a vantagem indevida, que no caso em

tela é o Estado de Goiânia, destino da maioria dos valores transferidos.

A douta Procuradoria da República do Estado de Goiás, por sua vez, entendeu que a conduta narrada nos autos do inquérito amoldam-se no tipo penal de furto qualificado mediante fraude, insculpido no art. 155, § 4º, II, do Código Penal. Com base em tal posicionamento, sustentou que a competência para apurar e julgar os fatos noticiados é da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, haja vista que a competência se estabelece no momento da subtração da quantia no local depositado, tendo a infração se consumado no juízo suscitado, nos termos do art. 70 do CPP.

O juízo suscitante, comungando com o entendimento acima mencionado, suscitou o presente Conflito Negativo de Competência. (fls. 38/39).

Nesta instância, o Ministério Público Federal opinou pela declaração de competência do juízo suscitado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Conforme consta dos autos, cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, relativamente ao crime de transferência fraudulenta de valores que se encontravam depositados em conta corrente da Caixa Econômica Federal no Estado de Minas Gerais para contas correntes nos Estados de Goiás, Minas Gerais e Tocantins.

O MM. Juízo Federal da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais declinou da competência, por entender tratar-se o presente caso de delito de estelionato, caso em que a competência é estabelecida no local em que foi obtida a vantagem indevida, que, no caso em tela, é a cidade de Goiânia-GO, destinatário dos valores transferidos.

O MM. Juízo Federal da 11ª Vara Federal do Es-

tado de Goiás, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo de competência, por entender tratar-se de crime de furto qualificado mediante fraude (art. 155, § 4º, II, do CP), caso em que a competência se estabelece no momento da subtração da quantia, no local depositado, que, no presente caso, foi o Estado de Minas Gerais.

Entendo que, no presente caso, a competência é do juízo suscitado.

Com efeito, a transferência eletrônica fraudulenta de valores, via internet, para outras contas mantidas por outras instituições bancárias, configura o crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP). Nesses termos, jurisprudência da Quarta Turma desta Corte, *verbis*:

Penal. Apelação criminal. Furto qualificado (art. 155, § 4º, II e IV). Transferências fraudulentas via internet. Participação dos acusados. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida.

1. Comprovação da transferência fraudulenta por parte dos acusados que participaram efetivamente do delito de furto qualificado. Concurso de pessoas demonstrado.

2. Os acusados tinham pleno conhecimento de que participavam de fraude por meio da internet.

3. Apelações improvidas. (ACr 2004.43.00.001823-3/TO, TRF 1ª Região, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Carlos Olavo, DJ de 25/07/2005, p. 58.)

Desse modo, o dano ocorreu em Belo Horizonte/MG, no momento da subtração fraudulenta dos valores, devendo, assim, ser declarado competente para processar e julgar a causa, o Juízo Suscitado, da 9ª Vara/MG, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal.

Isto posto, conheço do conflito, a fim de declarar competente o Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG, ora suscitado, para julgamento do feito de que se cogita.

É o voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Fioravanti Sabo Mendes, Tourinho Neto, Cândido Ribeiro e o Exmo. Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro.

Terceira Seção

Embargos Infringentes em AC

1999.38.00.036389-1/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira

Embargante: Valéria Aparecida Braga Telles

Advogados: Dr. Carlos Alberto Resende Machado e outro

Embargada: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Dr. José de Ribamar Campos Rocha e outros

Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Ementa

Direito Civil e Administrativo. Responsabilidade civil. Devido processo legal com valor intrínseco. Inclusão unilateral do nome de correntista no SPC. Ausência de notificação prévia. Desrespeito à dignidade da pessoa humana. Dano moral. Reparação.

I – O nome da ora embargante foi incluído no Serviço de Proteção ao Crédito – SPC em razão de saldo negativo em sua conta bancária no valor de R\$ 19,60+6,24+2,72= R\$ 28,56. A Caixa Econômica Federal diz em sua apelação que “em 29/03/1996, a autora já possuía um saldo negativo de R\$ 19,60. Posteriormente, sob o Código de Lançamento (CL) 83, que significa débitos de tarifas diversas, seu débito aumentou em R\$ 6,24. E no dia 29/04/1996, houve o débito de juros no valor de R\$ 2,72, sob o Código de Lançamento 87, que significa débitos de juros”. Consultando-se os extratos, é possível verificar que já o saldo negativo primeiramente apontado, de R\$ 19,60, resultava de parcelas lançadas sob os códigos 83 e 87, ou seja, “débitos de tarifas diversas” e “juros”. Portanto, a embargante não emitira cheque sem provisão de fundos; o saldo negativo em sua conta bancária é resultado simplesmente do lançamento unilateral de “tarifas diversas” e respectivos juros.

II – Esse saldo negativo, especialmente pelo valor e natureza, não justificava lançamento sumário do nome da correntista no SPC. Exigiria, no mínimo, uma comunicação prévia ou a tentativa de cobrança direta pela CAIXA.

III – Na concepção de devido processo legal com valor intrínseco, o processo não é simples instrumento de prevenção de injustiças. A simples falta do devido processo, ainda que se considere justo o ato final, dá direito a reparação (Ex.: punição a um aluno, ainda que materialmente justa, sem devido processo).

IV – A exigência de processo, independentemente do resultado, é a antítese do poder exercido sem responsabilidade; leva em conta a dignidade da pessoa humana, que tem o direito autônomo de ser informada; “o direito de ser ouvido a respeito, e o direito de ser esclarecido do porquê são analiticamente distintos do direito de assegurar um resultado diferente; esse direito representa a idéia elementar de que ser uma *pessoa*, em vez de uma *coisa*, é no mínimo ser informada sobre o que está sendo feito com ela” (Laurence Tribe).

V – O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado”. Por esse motivo, até a exclusão de membro de uma sociedade civil sem fins lucrativos exige a garantia de ampla defesa e do contraditório (RE 201.819/RJ. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator p/ o acórdão Ministro Gilmar Mendes. DJ de 27/10/2006).

VI – Embargos infringentes providos.

Acórdão

Decide a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:
— Trata-se de embargos infringentes interpostos por Valéria Aparecida Braga Teles, por meio dos quais pretende fazer prevalecer voto vencido, do Desembargador Federal Souza Prudente, que lhe foi favorável, sobre os votos vencedores da Relatora, Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, e do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, em que se deu parcial provimento à apelação da Caixa Econômica Federal e se julgou prejudicada a apelação da autora, ao fundamento de que, “como a autora não comprovou ter quitado a dívida relativa à sua conta 0933.001.00017887-0, não há como entender tenha sido ilegal a conduta da CEF. Ao contrário, da análise dos autos, verifica-se que a inscrição e manutenção do nome da autora no SPC deu-se em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor”.

Alega a embargante, às fls. 93-96, que: a) “o documento acostado à fl. 18, de autoria da embargada, não deixa dúvida alguma de que o nome da embargante foi incluída no SPC indevidamente, tanto que foi retirado posteriormente sem que houvesse determinação judicial”; b) “a conduta ilícita, culposa e dolosa da CEF ficou demonstrada nos autos, a partir do momento em que ela fez incluir o nome da embargante no SPC indevidamente”.

Contra-razões, às fls. 98-102.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O nome da ora embargante foi incluído no Serviço de Proteção ao Crédito – SPC em razão de saldo negativo em sua conta bancária no valor de R\$ 19,60+6,24+2,72=

R\$ 28,56 (cf. fl. 75). A Caixa Econômica Federal diz em sua apelação que “em 29/03/1996, a autora já possuía um saldo negativo de R\$ 19,60. Posteriormente, sob o Código de Lançamento (CL) 83, que significa débitos de tarifas diversas, seu débito aumentou em R\$ 6,24. E no dia 29/04/1996, houve o débito de juros no valor de R\$ 2,72, sob o Código de Lançamento 87, que significa débitos de juros”. Consultando-se os extratos de fl. 40, é possível verificar que já o saldo negativo primeiramente apontado, de R\$ 19,60, resultava de parcelas lançadas sob os códigos 83 e 87, ou seja, “débitos de tarifas diversas” e “juros”. Portanto, a embargante não emitira cheque sem provisão de fundos; o saldo negativo em sua conta bancária é resultado simplesmente do lançamento unilateral de “tarifas diversas” e respectivos juros.

Esse saldo negativo, especialmente pelo seu valor e natureza, não justificava o lançamento sumário do nome da correntista no SPC. Exigiria, no mínimo, uma comunicação prévia ou a tentativa de cobrança direta pela CAIXA. Veja-se que a cobrança de um tributo exige processo formal de constituição, o processo de lançamento, com todas as garantias ao contribuinte. O que dizer da cobrança de uma mera tarifa bancária?

Forte corrente doutrinária defende o devido processo legal com valor intrínseco, não simplesmente como instrumento de prevenção de injustiças. Em tal concepção, a simples violação do devido processo legal, ainda que se considere justo o ato final, dá direito a reparação (Ex.: punição a um aluno, ainda que materialmente justa, sem devido processo). A exigência de processo, independentemente do resultado, é a antítese do poder exercido sem responsabilidade; leva em conta a dignidade da pessoa humana, que tem o direito autônomo de ser informada; na doutrina de Laurence Tribe, “o direito de ser ouvido a respeito, e o direito de ser esclarecido do porquê são analiticamente distintos do direito de assegurar um resultado diferente; esse direito representa a idéia elementar de que ser uma *pessoa*, em vez de uma *coisa*, é no mínimo ser informada sobre o que está sendo feito com ela” (*American Constitutional Law*. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 666).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente, Maria Isabel Gallotti e Fagundes de Deus. Deixou de votar por não ter presenciado a leitura do relatório a Exma. Sra. Des. Federal Selene Maria de Almeida. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro.

Nem se diga que a Caixa Econômica Federal, não obstante pessoa administrativa, é classificada como pessoa jurídica de direito privado e que, por isso, não estaria submetida à regra do devido processo legal. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado”. Por esse motivo, até a exclusão de membro de uma sociedade civil sem fins lucrativos exige a garantia de ampla defesa e do contraditório (RE 201819/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2006).

Ademais, a Caixa Econômica Federal é Administração Pública (administração indireta), estando sujeita, especificamente, às regras da Lei 9.784/1999, que “estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º). De acordo com essa lei, devem ser obrigatoriamente motivados, entre outros, os atos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”. O dever de motivar destina-se, inclusive, a fazer com que cada caso seja examinado em suas peculiaridades, em vez da remessa automática e automatizada, como hoje acontece, de todos os casos aos serviços de proteção ao crédito, com o risco de cometer injustiças como esta.

Concluo, portanto, que a atitude unilateral da CAIXA, sem prévia informação a sua cliente, independentemente de estar materialmente justificada, constituiu um desrespeito à dignidade da pessoa humana, ensejando, por isso, reparação.

Deste modo, dou provimento aos embargos infringentes.

e cinquenta e seis centavos) em conta corrente, cuja existência foi omitida pela autora na inicial, tendo ela se valido de declaração fornecida por servidor da Caixa para outra conta corrente.

Assim, com a devida vênia, nego provimento aos embargos infringentes, por considerar que não houve ilicitude na conduta do agente financeiro.

Voto Vogal Vencido

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Senhor Presidente, com a devida vênia do Relator, nego provimento aos embargos infringentes, confirmando meu voto na apelação cível, porque ficou evidenciado que havia, de fato, débito consignado pela Caixa no valor de R\$ 28, 56 (vinte e oito reais

Quarta Seção

Embargos Infringentes em AC

2000.38.00.028281-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Relatora p/acórdão: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Embargantes: Álvaro Alberto Bicalho Brant e outros

Advogados: Dr. Daniel Barros Guazzelli e outro

Embargada: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Ementa

Tributário. Embargos infringentes. Divergência parcial. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Lei 7.713/1988. Vedação da bitributação. Embargos infringentes providos.

I – Divergência restrita à pretensa ocorrência de bitributação quanto à incidência de Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, referente às quantias, cujo ônus tenha sido do participante, vertidas ao Fundo de Aposentadoria no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 (vigência da Lei 7.713/1988).

II – Desde a instituição dos planos de previdência privada pela Lei 6.453/1977, até o advento da Lei 7.713/1988, os numerários destinados a esse fim eram isentos de tributação na fonte, a título de Imposto de Renda, incidindo a exação somente no momento do saque.

III – Sobre os valores recolhidos às entidades de previdência privada no período compreendido entre 01/01/1989 e 31/12/1995 não deve incidir o imposto de renda quando do resgate ou do gozo da complementação de aposentadoria pelo beneficiário, sob pena de incorrer em bitributação, haja vista ter sido o Imposto de Renda, naquele período, retido na fonte.

IV – Embargos infringentes providos.

Acórdão

Decide a Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, dar provimento aos embargos infringentes.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 18/10/2006.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora para acórdão.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Cuida-se de embargos infringentes interpostos por Álvaro Alberto Bicalho Brant e outros (fls. 619/628) contra acórdão proferido pela Oitava Turma desta Corte, no julgamento da Apelação Cível 2000.38.00.028281-

7/MG, que deu provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, por maioria, para julgar improcedente o pedido dos autores de restituição do Imposto de Renda que incidiu sobre a parcela da complementação de suas aposentadorias, correspondente aos valores por eles anteriormente vertidos a título de

contribuição à entidade de previdência privada Fundação Forluminas de Seguridade Social – FORLUZ, e julgou prejudicado o apelo dos autores.

Referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Tributário. Imposto de Renda. Incidência sobre complementação de aposentadoria.

1. A complementação de aposentadoria, diferentemente do resgate de contribuições de previdência privada ou de fundo de pensão, constitui acréscimo patrimonial e, portanto, renda. Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda nos termos da Lei 9.250/1995. Precedentes.

2. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial providas.

3. Apelação dos autores prejudicada. (Fl. 615.)

Na oportunidade, restou vencida a Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso que:

a) dava provimento à apelação dos autores, para, “fixar a condenação em honorários advocatícios na proporção de 10% sobre o valor da condenação” (fl. 606);

b) dava parcial provimento à remessa oficial, para “restringir a condenação à repetição do indébito às importâncias indevidamente recolhidas a título de Imposto de Renda incidente sobre as parcelas recebidas da entidade de previdência privada FORLUZ, que tenham sido vertidas ao fundo pelos empregados no período de 01/01/1989 a 31/12, sacadas já na vigência da Lei 9.250/1995” (fl. 606); e

c) negava provimento à apelação da União.

Pretendem os embargantes a prevalência do voto vencido, ao argumento de que a 1ª Seção do STJ em recentes precedentes de 2006 (EREsp 698.272/RS e EREsp 512.173/DF) vem decidindo que, se a contribuição foi recolhida na vigência da Lei 7.713/1988, não incide Imposto de Renda por ocasião do resgate ou do recebimento do benefício.

A Fazenda Nacional apresentou impugnação aos embargos às fls. 651/657.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Trata-se de embargos infringentes interpostos pelos autores contra acórdão da lavra do Desembargador Federal Leomar Amorim, na 8ª Turma, a fim de que prevaleça o voto vencido da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, que entendia ocorrer tributação na incidência de Imposto de Renda sobre os valores recebidos pelos autores a título de complementação de aposentadoria.

Ressalto, inicialmente, que a divergência refere-se, apenas, à possibilidade da incidência do Imposto de Renda sobre os valores percebidos de entidade de previdência privada, a título de complementação de aposentadoria.

O exame da matéria deve ser guiado pela noção do fato gerador do imposto em comento. Nesse sentido, cabível a definição dada pelo Prof. Hugo de Brito Machado:

O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda (CTN, art. 43). (...) Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. (Machado, Hugo de Brito, *in Curso de Direito Tributário*, Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 250.)

Com efeito, originariamente, a legislação tributária que regulava a matéria permitia a dedução das contribuições à previdência complementar da base de cálculo do Imposto de Renda retido na fonte, como preceituado no art. 14, *d*, do Decreto 5.584, de 23/09/1943, bem assim no art. 3º do Decreto-Lei 323, de 19/04/1967, e no art. 518 do Regulamento do Imposto Sobre a Renda e Proventos aprovado pelo Decreto 85.450, de 04/12/1980, como se vê abaixo:

Decreto 5.584/1943

Art. 14. Na cédula C será permitida a dedu-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Amorim e Carlos Fernando Mathias. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

ção das seguintes despesas:

[...]

d) de contribuições para a constituição de fundos de beneficência;

Decreto-Lei 323/1967

Art 3º Para determinação da renda líquida mensal de que trata o art. 1º, serão permitidas as deduções de encargos de família; as contribuições para institutos de caixas de aposentadoria e pensões ou outros fundos de beneficência; o imposto sindical e outras contribuições para o sindicato de representação da respectiva classe, bem como os gastos previstos na letra c do item V e no item XIII, ambos do art. 4.506, de 30/11/1964.

Regulamento do Imposto Sobre a Renda e Proventos (aprovado pelo Decreto 85.450/1980).

Art. 518. Para determinação da renda líquida mensal de que trata o artigo anterior, serão permitidas as seguintes deduções (Decreto-Lei 323/1967, art. 3º, e Decreto-Lei 1.351/1974, art. 4º):

[...]

II – as contribuições para institutos e caixas de aposentadoria e pensões ou outros fundos de beneficência, inclusive entidades de previdência privada fechadas que obedeçam às exigências da Lei 6.435, de 15/07/1977;

Dessa forma, no que tange aos valores relativos a esse período, não vislumbro a impossibilidade da tributação dos benefícios pagos, haja vista que, em sua origem, essa parcela do patrimônio dos autores correspondia a vencimento e foi deduzida da base de cálculo do Imposto de Renda. Portanto, quando devolvida ao beneficiário, constitui autêntico acréscimo patrimonial tributável, pois apenas nesse momento é que os autores terão disponibilidade financeira desses valores, eis que só então é que serão incorporados ao seu patrimônio.

Essa sistemática, entretanto, veio a ser modificada, posteriormente, com a promulgação da Lei 7.713, de 22/12/1988, que entrou em vigor em 01/01/1989. Sob a égide da referida Lei, as contribuições a cargo dos beneficiários para a formação do fundo sofriam a tributação do Imposto de Renda na fonte, porquanto integravam o rendimento bruto, constituindo, portanto, base de cálculo para a incidência do aludido imposto, pois não havia qualquer previsão de dedução do seu valor nesse rendimento, nem mesmo de isenção de IR, como se lê de seu art. 3º, que determinava:

Art. 3º. O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

Tal determinação, contudo, perdurou somente até o advento da Lei 9.250/1995, quando se deu a retomada da disciplina anterior à Lei 7.713/1988, alterando o momento de incidência do Imposto de Renda, o qual passou a ocorrer no momento do retorno das contribuições sob o rótulo de aposentadoria complementar.

De acordo com os arts. 4º, inciso V, 8º, e 33 da aludida Lei 9.250/1995, tem-se que:

Art. 4º Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do Imposto de Renda poderão ser deduzidas:

[...]

V – as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

[...]

Art. 8º A base de cálculo do Imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

[...]

II – das diferenças relativas:

[...]

e) às contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

[...]

Art. 33. Sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições;

Daí se conclui que, a contar da vigência da Lei 7.713/1988 (01/01/1989), até 31/12/1995, vale dizer, antes do advento da vigência da Lei 9.250/1995, *as contribuições efetivadas pelos autores com a finalidade de custear a complementação de aposentadoria sofreram a incidência do Imposto de Renda.*

Desse modo, portanto, apenas em relação às contribuições vertidas pelos autores para a previdência privada no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 poder-se-ia se aventar a possibilidade de tributação,

em caso de nova incidência do tributo, ainda que em época distinta, mas que determine a oneração repetida do mesmo patrimônio.

Ora, se a não-incidência do Imposto de Renda diz respeito à parcela relativa às contribuições a cargo do beneficiário já tributadas, o raciocínio desenvolve-se sob a premissa da possibilidade de identificação e individualização dessas parcelas de renda já tributadas e que retornam ao mesmo patrimônio sem transformação de sua natureza, o que só ocorre no resgate e no rateio, o primeiro decorrente do desligamento ou da retirada do beneficiário do plano de previdência privada, e o segundo resultante da extinção da entidade previdenciária.

Isso porque, nas hipóteses de rateio e de resgate, o associado se desliga do plano de previdência privada e recebe de volta o que foi por ele recolhido, encerrando-se o vínculo contratual entre ambos, pela extinção do fundo, ou por desligamento voluntário do plano. Por outro lado, quando recebe a complementação de aposentadoria, o beneficiário continua vinculado, contratualmente, à entidade de previdência privada, que passa a lhe pagar o que foi acordado, após anos de contribuição do associado.

Em se tratando de resgate ou rateio, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não deve incidir novo Imposto de Renda sobre a parte da chamada “reserva de poupança”, que corresponde às contribuições vertidas pelo empregado entre 01/01/1989 e 31/12/1995.

Entretanto, quanto à complementação da aposentadoria, a conseqüência é completamente diversa, como se verá a seguir.

Ocorre que o benefício recebido pelo aposentado não se constitui apenas da devolução dos valores recolhidos pelo associado com correção monetária. Incluem-se, no total do benefício recebido, uma parte correspondente à contribuição vertida pelo empregador, devidamente atualizada, e outra proveniente de rendimentos de aplicações financeiras de ambas as contribuições (do empregado e do empregador).

Para se verificar se houve nova incidência de Imposto de Renda sobre a parcela da contribuição vertida pelo empregado entre 01/01/1989 e 31/12/1995, seria necessário calcular, dentro do total recebido a título de benefício, o percentual que corresponde ao valor

da contribuição do empregado e, dentro desse percentual, o montante que, porventura, tenha sido recolhido pelo associado entre 01/01/1989 e 31/12/1995.

A percepção do benefício da complementação de aposentadoria desvincula-se do regime jurídico a que estiveram submetidas as contribuições devidas pelo beneficiário ao longo do tempo de contribuição para o respectivo plano, passando a configurar acréscimo patrimonial tributável, na medida em que se torna inviável a individualização da parte desembolsada pelo contribuinte, das contribuições a cargo do empregador e, ainda, dos rendimentos das aplicações financeiras, estando, ademais, sujeitas a regime contratual próprio e específico, seja com a percepção do benefício na forma de renda mensal vitalícia, como no caso dos autos, ou por prazo determinado, segundo previsto na Lei Complementar 109/2001.

A Ministra Eliana Calmon, em alentado voto prolatado no REsp 610.135/MG (*DJ* de 16/05/2005, p. 306), *acolhido à unanimidade* pelos demais componentes da 2ª Turma do STJ, ressalta que não se pode pretender vislumbrar correspondência entre a complementação de aposentadoria vitalícia e a contribuição mensal vertida pelo empregado, já que “o beneficiário pode receber valor muito maior do que aquele para o qual contribuiu, se sobreviver muitos anos após a aposentadoria, ou muito menor, no caso de morte prematura”, comparando-se tal relação contratual ao contrato de seguro, no qual não existe relação entre o prêmio pago pelo segurado e o benefício recebido em caso de ocorrência de sinistro.

O recebimento da complementação de aposentadoria corresponderia, assim, ao recebimento de um benefício no contrato aleatório, uma vez que, após ter pago um determinado montante, a título de contribuição, o associado pode vir a receber valores, a título de benefício, cuja expressão quantitativa variará em função da longevidade do beneficiário. Mesmo o valor da contribuição pode variar, já que o associado pode, dependendo do plano, pagar durante um tempo menor e vir a se aposentar por invalidez, e não por tempo de serviço, auferindo, ao final, o mesmo benefício recebido por aquele que contribuiu mais tempo, devendo-se evidenciar, ademais, a questão da renda mensal vitalícia que se interpreta na mesma linha.

Não há, portanto, um equilíbrio matemático exato entre as contribuições e a complementação de

aposentadoria percebida, de modo a permitir o eventual afastamento de incidência tributária, em se verificando tributação anterior de determinadas parcelas, mas um aparente equilíbrio que decorre de cálculos atuariais.

Ora, a inexistência de comutatividade entre as contribuições vertidas pelo empregado, na ativa, e o benefício por ele recebido quando aposentado, seja na forma de renda mensal vitalícia, seja por prazo determinado, leva a crer que ambos (contribuição e benefício) têm natureza jurídica diversa, em função de estarem previstos em um contrato de natureza aleatória.

Assim sendo, o valor referente à complementação de aposentadoria, por revelar-se acréscimo patrimonial, nos termos do art. 43 do CTN, estará sempre sujeito à incidência do Imposto sobre a Renda, independentemente do regime de tributação das contribuições, nos termos do art. 33 da Lei 9.250/1995, diferentemente do que ocorre nas hipóteses de resgate e rateio dos valores relativos às mesmas, não havendo que se falar em bitributação, na hipótese.

Nesse mesmo sentido, confirmam-se, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte cujas ementas transcrevo, a título de exemplos:

Previdenciário e Tributário. Previdência privada (Forluz). Benefício de complementação da aposentadoria oficial. Fato gerador do Imposto de Renda retido na fonte (Lei 9.250/1995, art. 33): Acréscimo patrimonial (CTN, art. 43).

1 – [...]

2 – O benefício de complementação da aposentadoria, pago por entidade de previdência privada, está sujeito ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), nos termos do art. 33 da Lei 9.250/1995, porque consubstancia aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica por acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN).

3 – Apelação da União e remessa oficial providas: pedido improcedente. Apelação da autora prejudicada.

4 – [...] (AC 2000.34.00.042779-8/DF, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, DJU de 08/04/2005, p. 107)

Tributário. Imposto de Renda sobre complementação ou suplementação de proventos de aposentadoria. Entidade de previdência privada e/ou fundo de pensão. Lei 7.713/1988 e Lei 9.250/1995 e Medida Provisória 1.459/1996 (art. 8º). Distinção entre resgate e aposentadoria complementar.

1. O pagamento de complementação de aposentadoria não se confunde com o resgate de contribuições de previdência privada e/ou fundo de pensão a que alude o art. 8º da Medida Provisória 1.459/1996.

2. No resgate, o segurado/associado recebe apenas os valores correspondentes às contribuições que recolheu à previdência privada e/ou fundo de pensão por ocasião de seu desligamento do plano de benefício; na complementação de aposentadoria, não, pois, enquanto viver, receberá seu benefício, oriundo de uma concentração de recursos constituída de contribuições dele, segurado, e, sobretudo e de modo geral, a maior parte de contribuições da entidade patrocinadora, não podendo ser definido ou calculado, nem mesmo proporcionalmente, o que representa a parcela de um e de outro.

3. A suplementação de aposentadoria representa um acréscimo patrimonial, sendo, por isso mesmo, fato gerador do Imposto de Renda.

4. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação dos autores não provida. (AC 2000.39.00.010921-9/PA, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, DJU de 21/01/2005, p. 14.)

Tributário. Imposto de Renda. Benefício. Complementação de aposentadoria. Acréscimo patrimonial. CTN. Honorários advocatícios. Custas processuais.

I. “A complementação dos rendimentos de aposentadoria, que não se confunde com o resgate de contribuições de previdência privada, por assumir caráter remuneratório e não indenizatório, está sujeita ao Imposto de Renda.” (AR 2003.38.00.018345-1/MG, TRF/1ª, 4ª Seção, Des. Federal Carlos Fernando Mathias, relator para acórdão, por maioria, publicado em 22/09/2004.)

II. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas e apelação dos autores prejudicada. (AC 2000.34.00.027554-0/DF, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, 8ª Turma do TRF da 1ª Região, DJU de 03/06/2005, p. 77.)

Por todo o exposto, nego provimento aos embargos infringentes dos autores.

É o voto.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Tratando-se de divergência parcial, conforme a dicção da parte final do art. 530 do Código de Processo Civil, os embargos restringem-se à matéria objeto da divergência.

In casu, a divergência reside na pretensa ocorrência de bitributação quanto à incidência de Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria, referente às quantias, cujo ônus tenha sido do participante, vertidas ao Fundo de Aposentadoria no período de janeiro de 1989 a dezembro de 1995 (vigência da Lei 7.713/1988).

Por primeiro, cumpre-me esclarecer que os valores recebidos de entidade de previdência privada constituem aquisição de patrimônio tributável, uma vez que há participação de empregado e empregador na composição do fundo de pensão, que reflete acréscimo nos proventos do aposentado.

É de amplo conhecimento que as entidades de previdência privada formam seus fundos de pensão mediante a participação mensal do empregado, que contribui com percentual determinado em seus estatutos (normalmente 1/3), e mediante a participação mensal do empregador, que contribui com percentual diverso (normalmente 2/3), de modo a completar 100% da conta de poupança pertencente ao empregado, destinada ao que chamamos de complementação de aposentadoria, uma vez que somarão aos valores recebidos pelos empregados quando no gozo de suas aposentadorias, de modo a manter a integralidade dos vencimentos que percebiam durante o período de atividade laboral.

Definindo a complementação de aposentadoria como gênero, têm-se duas espécies de proventos que a compõem.

Uma seria o incremento proporcionado pelo empregador mediante sua participação na formação do fundo de previdência, que consiste propriamente no aumento patrimonial, inclusive porque representa a maior porção da conta.

A outra espécie seria o retorno ao patrimônio dos empregados das quantias por eles vertidas à entidade de previdência privada para a composição do apontado fundo de pensão. A esta espécie denomina-se *resgate* das contribuições vertidas ao fundo de pensão, que se dará em quaisquer hipóteses de interrupção da atividade contributiva do empregado, seja pelo saque em virtude do desligamento voluntário da entidade de previdência privada, seja pela fruição da aposentadoria complementar para a qual contribuiu o empregado ao longo do vínculo laboral e associação à entidade.

Ou seja, sempre que o empregado for desligado do fundo de pensão a que esteve associado, o percentual com que contribuiu para a formação do fundo de pensão será considerado resgate quando retornar ao patrimônio do fundista, independentemente da opção que fizer, quer pelo saque, quer pela fruição do benefício.

De fato, é complexa a conta para que se possa identificar o percentual que configuraria o resgate das contribuições, porque os valores vertidos às entidades de previdência privada são lançados ao mercado de valores de modo a capitalizar rendimentos para o patrocínio das atividades relacionadas com a entidade, e para o patrocínio dos próprios pagamentos dos benefícios, constituindo, de toda sorte, aumento patrimonial do montante recolhido à entidade de previdência privada.

Todavia, entendo possível visualizar projeção razoável sobre as parcelas que foram vertidas às entidades de previdência privada pelo empregado participante do fundo, se sobre os valores por eles depositados em cada período fizermos incidir a correção monetária devida.

Sobre esses valores, que representam o resgate da quota-parte com a qual contribuiu o empregado, é que versa a presente ação de repetição de indébito.

Analisando as principais leis que versam sobre a matéria, observo que:

O art. 18 da Lei 4.506/1964 estabelecia a dedução das contribuições para os institutos e caixas de aposentadoria e pensões na base de cálculo do Imposto de Renda, somente incidindo quando do recebimento da aposentadoria complementar pelo segurado.

A essa Lei seguiram-se os Decretos-Lei

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Catão Alves, Maria do Carmo Cardoso, Leomar Amorim e Carlos Fernando Mathias. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral.

1.642/1978, 2.296/1986, 2.394/1987, 2.396/1997, que determinavam a incidência do Imposto de Renda somente por ocasião do pagamento do benefício aos segurados.

Com o advento da Lei 7.713/1988 a sistemática do recolhimento do Imposto de Renda foi alterada, dispondo sobre a isenção dos rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade que tivessem sido tributados na fonte (art. 6º, *caput*, VII, *b*, da referida Lei).

Dessa forma, as contribuições para a previdência privada passaram a ser tributadas na fonte, ou seja, no momento em que os segurados procediam ao recolhimento das contribuições, havia o desconto do Imposto de Renda.

Após, com a instituição da Lei 9.250/1995, a sistemática de recolhimento da exação foi, novamente, alterada, voltando a incidir somente no momento do resgate.

Desse modo, a incidência do Imposto de Renda sobre o resgate — seja ele em cota única ou em parcelas de complementação de aposentadoria — dos valores vertidos às instituições de previdência privada, entre 01/01/1989 a 31/12/1995 constitui *bis in idem*, sendo vedada a bitributação no Sistema Tributário Pátrio.

Por oportuno, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento por mim perfilhado, no julgamento dos Embargos de Divergência no RESP 621.348/DF, assim ementado:

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis 7.713/1988 (art. 6º, VII, b) e 9.250/1995 (art. 330 e MP 1.934/1996, art. 8º). Incidência sobre o benefício. Bis in idem. Exclusão do montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da lei 7.713/1988.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, *b*, da Lei 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo no referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei 9.2550/1995, alterou-

se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação das contribuições efetuadas pelos segurados.

3.A Medida Provisória 1.943-52, de 21/05/1996 (reeditada sob o número 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do Imposto de Renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 01/01/1989 a 31/12/1995” (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do ERESP 380011/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02/05/2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ), ERESP 621.348/DF, Primeira Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12/12/2005.)

Logo, não devida a incidência do Imposto de Renda sobre as parcelas vertidas ao fundo de previdência privada, no momento do resgate ou de percepção das parcelas relativas à aposentadoria complementar, no período de 01/01/1989 a 31/12/1995.

Da correção monetária

A aplicação da correção monetária deverá obedecer o critério de cálculo contido no *Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal* – Resolução 242, de 03/07/2001, para os casos de repetição de indébito, como na espécie: a) ORTN (de 1964 a fevereiro/1986); b) OTN (de março/1986 a janeiro/1989); c) BTN (de fevereiro/1989 a fevereiro/1991); d) INPC (de março/1991 até dezembro/1991); e) após janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei 8.383/1991; e f) a partir de janeiro de 1996, a correção monetária deve ser calculada, exclusivamente, pela taxa SELIC.

Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes para fixar a condenação em honorários advocatícios na proporção de 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Senhor Presidente, farei juntada de voto escrito.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Leomar Amorim: — Cinge-se a divergência à suposta ocorrência de bitributação na incidência do Imposto de Renda sobre os valores percebidos de entidade de previdência privada a título de complementação de aposentadoria.

Esta Corte tem o firme entendimento de que a complementação de aposentadoria não se confunde com o resgate de contribuições de previdência privada e/ou fundo de pensão.

A complementação de aposentadoria, segundo tem entendido este Tribunal, é um acréscimo patrimonial, renda, portanto. Sujeita-se à incidência do Imposto de Renda, nos termos da Lei 9.250/1995, diferentemente das parcelas de contribuição para o fundo de pensão privada feitas sob a vigência da Lei 7.713/1988, que, quando de seu resgate, configuram apenas retorno do numerário à disponibilidade financeira do associado, dado que já haviam sido tributadas na fonte.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes: AC 2000.38.00.003077-1/MG, Rel. Des. Federal Plauto Ribeiro, Terceira Turma, *DJ*/II de 11/10/2002, p. 51 e AC 2001.34.00.022130-6/DF, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 3ª Turma, *DJ* de 03/10/2003, p. 136.

Entretanto, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria no julgamento dos Embargos de Divergência 643.691-DF, firmou o seguinte entendimento:

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis 7.713/1988 (art. 6º, VII, b) e

9.250/1995 (art. 33) e MP 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. Bis in idem. Exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei 7.713/1988.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, *b*, da Lei 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória 1.943-52, de 21/05/1996 (reeditada sob o número 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do Imposto de Renda do "valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 01/01/1989 a 31/12/1995" (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiário, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do ERESP 380011/RS, Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 02/05/2005.

6. Embargos de divergência providos. (ERESP 643.691/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/02/2006, *DJ* 20/03/2006, p. 185.)

Confira-se, por oportuno, julgados da 1ª e 2ª Turmas daquele Tribunal, acompanhando a posição majoritária da 1ª Seção:

Tributário. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria a entidade de previdência privada. Contribuições recolhidas antes da vigência da Lei 9.250/1995. Não-incidência.

I – Em se tratando de contribuições recolhidas à entidade de previdência privada no período de vigência da Lei 7.713/1988, não tem cabimento a cobrança de Imposto de Renda sobre ulterior resgate ou recebimento do benefício, até o limite do que foi recolhido pelo beneficiário sob a égide daquele diploma legal, uma vez que naquele período (janeiro de 1989 a dezembro de 1995) o tributo incidiu sobre as contribuições recolhidas em favor das entidades e novo desconto caracterizaria evidente *bis in idem*. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 638.895/PA, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 24/10/2005; AgRg no AgRg no REsp 608.357/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 05/12/2005 e EREsp 673.274/DF, Rel. Min. Teori Zavascki julgado pela Primeira Seção em 12/12/2005.

II – Ressalte-se que não há que se falar em isenção, uma vez que essas contribuições já foram tributadas. O recebimento do valor do referido benefício constitui apenas retorno do capital.

III – Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 792.843/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, *DJ* 19/06/2006, p. 119.)

Tributário. Imposto de Renda. Parcelas recolhidas a fundo de pensão. Resgate. Forma de devolução. Retificação da declaração anual. Desvirtuamento do pedido: impossibilidade.

1. Sobre a complementação de aposentadoria, observa-se o momento em que foi recolhida a contribuição: se durante a vigência da Lei 7.713/1988, não incide o imposto quando do resgate ou do recebimento do benefício (porque já recolhido na fonte) e se após o advento da Lei 9.250/1995, é devida a exigência (porque não recolhido na fonte).

2. Tratando-se de ação de repetição de indébito, a restituição deve ser feita pela regra geral, observado o art. 100 da CF/1988, descabendo ao Tribunal modificar o pedido, determinando a retificação da declaração anual de ajuste.

3. Improvido o recurso da Fazenda e provido o recurso do autor. (REsp 822.115/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/06/2006, *DJ* 29/06/2006, p. 190.)

Assim, havendo o Superior Tribunal de Justiça firmado entendimento no sentido de que a complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas pela pessoa física para entidade de previdência privada no período de 01/01/1989 a 31/12/1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, curvo-me à jurisprudência dominante naquele Tribunal e passo a adotar esse posicionamento.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes.

É o voto.

Voto Vogal Vencedor

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Senhor Presidente, estamos tratando de embargos infringentes em que pretende o autor a prevalência do voto de minha lavra. E, como bem disse o Desembargador Federal Antônio Ezequiel, o Superior Tribunal de Justiça já posicionou-se, inclusive, pela 1ª Seção, por unanimidade, no sentido de que essa tributação dá-se não só no resgate como na complementação de aposentadoria. E no meu voto defendo exatamente isso — a forma de devolução — inclusive coloco no voto de que forma poderia ser devolvido e que não traria nenhum prejuízo ao processo de execução. Enfim, há como se devolver sem problema algum.

Portanto, Senhor Presidente, mantenho meu voto, agora respaldado por essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou essa matéria pela 1ª Seção.

Dou provimento aos embargos infringentes.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves: — Senhor Presidente, seguindo o entendimento da Seção, acompanho o Relator.

Primeira Turma

Remessa *Ex Officio* em MS

2002.31.00.000456-1/AP

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

Impetrante: Iumi dos Santos Fukuoka

Advogados: Dr. Oziel Artur Barros Borges e outro

Impetrada: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Remetente: Juízo Federal da 1ª Vara/AP

Publicação: DJ 2 de 04/12/2006

Ementa

Administrativo. Servidor público. Retratação de pedido de exoneração. Retorno ao cargo. Possibilidade, sem prejuízo de providências administrativas relacionadas ao abandono do cargo. Inexistência de prescrição. Remessa oficial improvida.

I – Não obstante passados vários anos, a exoneração da impetrante não se consumou, eis que o pedido apresentado não foi aceito pela Administração, à mingua de poderes específicos no instrumento procuratório (arts. 13, § 3º, c/c 34 da Lei 8.112/1990).

II – Tendo em vista que a Administração se rege pelo princípio da publicidade e sendo a exoneração ato complexo, é possível a sua retratação antes da publicação do ato e o conseqüente retorno da impetrante ao *status quo ante*, em face da omissão da Administração Pública quanto às medidas relacionadas ao abandono de cargo, cujas providências, entretanto, devem ser ressalvadas desde que respeitado o devido processo legal.

III – Inocorrência de prescrição para a ação disciplinar, uma vez que o vínculo estatutário foi mantido e subsistiu nos últimos cinco anos.

IV – Sentença confirmada.

V – Remessa oficial improvida.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Federal Relator.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 20/09/2006.

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*: — Cuida-se de remessa oficial da r. sentença proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judi-

ciária do Estado do Amapá que concedeu, em parte, a segurança “...para determinar à autoridade impetrada que promova os atos necessários para o retorno da impetrante ao exercício do cargo público de Datilógrafo, código LT-AS-702, classe “A”, ref. NM-12, do Quadro

de Pessoal do ex-Território Federal do Amapá, ou a outro porventura resultante de transformação, sem prejuízo da aplicação de penalidade disciplinar” (fls. 49).

Sem recurso voluntário (cf. cert. de fls. 55v), os autos subiram a esta egrégia Corte, por força do reexame necessário.

O MPF, em parecer de fls. 61/65, opina pelo improvimento da remessa oficial.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira: — Vê-se da petição inicial que a impetrante formulou o pedido nos termos seguintes: “Caso remotamente não seja concedida a liminar, que seja julgado procedente o mérito, concedendo a segurança pleiteada e mandando à autoridade coatora reconduzir a impetrante a seu cargo de origem, ou seja, Datilógrafo, código LT-AS-702, classe “A”, ref. NM-12, ou alternativamente outro cargo da mesma espécie e categoria sem que tenha nenhum prejuízo no novo cargo” (fls. 14, item 4).

O MM. Juiz *a quo* assim decidiu:

Ante o exposto, concedo a segurança, em parte, para determinar à autoridade impetrada que promova os atos necessários para o retorno da impetrante ao exercício do cargo público de Datilógrafo, código LT-AS-702, classe “A”, ref. NM-12, do Quadro de Pessoal do ex-Território Federal do Amapá, ou a outro porventura resultante de transformação, sem prejuízo da aplicação de penalidade disciplinar (fls. 49).

A r. sentença não merece censura.

Permito transcrever, na íntegra, o bem lançado parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros (fls. 61/65), adotando-o como razões de decidir:

Cuida a espécie de reexame obrigatório da sentença de fls. 47/50, proferida pelo MM. Juiz

Federal da 1ª Vara de Amapá/AP, que, em autos de mandado de segurança impetrado por Lumi dos Santos Fukuoka em face de ato atribuído ao Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda no Amapá, concedeu parcialmente a ordem vindicada, no sentido de determinar à autoridade impetrada que promova os atos necessários para o retorno da impetrante ao exercício do cargo público de Datilógrafo do Quadro de Pessoal do ex-Território do Amapá, ou a outro porventura resultante da transformação, sem prejuízo da aplicação de penalidade disciplinar.

Informam os autos que a impetrante valeu-se da via mandamental no ensejo de obter ordem judicial que garantisse o seu retorno ao exercício de cargo público, após se retratar de pedido de exoneração.

Sustentou, para tanto, que ante a inexistência de ato exoneratório formal emanado pela administração, goza ainda, de *status* de funcionária ativa.

Parcialmente concedida a segurança e não interposto recurso da impetrada, vêm os autos à Instância Revisora.

Não merece reparos a sentença em reexame.

A fundamentação desenvolvida pelo julgador a quo não deixa dúvidas quanto à arbitrariedade do ato e a presença de direito líquido e certo, vejamos:

[...]

“O cerne da questão aqui tratada está na existência, ou não, de direito líquido e certo da impetrante de retornar ao exercício de cargo público após se retratar de pedido de exoneração, formulado por procuração há quase dez anos, mas não acatado pela Administração Pública em razão de não ter constado do documento outorga de poderes específicos para tal finalidade.

Primeiro que tudo, cabe salientar que a resistência da Administração Pública em acolher o pedido de exoneração da impetrante, caso não tenha constado da procuração a outorga de poderes específicos para tal fim, mostra-se efetivamente legítima, pois se para a posse exige-se procuração específica (art. 13, § 3º, da Lei 8.112/1990), tem-se que o desligamento voluntário do servidor que se dá exoneração (art. 34 da Lei 8.112/1990), deve também seguir a mesma disciplina.

Essa questão, no entanto, não comporta análise nos limitados encerramentos deste mandado de segurança, pois a impetrante não trouxe a cópia do instrumento de mandato outorgado para sua mãe, mas é de se presumir pelos termos do despacho do Gerente do Programa do Pessoal dos Extintos

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Manoel José Ferreira Nunes e Simone dos Santos Lemos Fernandes (convocados). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado.

Territórios (fls. 20), que da procuração não constou poderes específicos para a outorgada requerer exoneração.

Daí decorre que nunca existiu para a Administração pedido de exoneração formalmente válido, de modo que a impetrante permaneceu, e ainda permanece, vinculada ao serviço público com todas as prerrogativas, direitos e deveres inerentes ao cargo, o que torna irrito o seu requerimento administrativo, deduzido em 22/04/1999, de “desconsideração do pedido de exoneração formulado em 15/06/1992”.

Esse quadro, na verdade, demonstra a manifesta ocorrência de abandono do quadro (art. 138 da Lei 8.212/1990), posto que a impetrante não pode invocar em seu benefício o defeito da procuração que outorgou para sua mãe *nemo potest venire contra factum proprium*. Ainda que assim não fosse, subsistiria o abandono de cargo pelo fato de não ser dado ao servidor público em caso de exoneração a pedido, afastar-se do exercício de suas funções enquanto não houver deliberação da Administração a esse respeito.

Ocorre, no entanto, que a Administração, enquanto não promover as medidas inerentes ao abandono do cargo, não pode recusar a existência do vínculo que mantém com a impetrante. Pouco importa, aqui, que tenha decorrido quase dez anos do abandono do cargo, pois para funções, não pode a Administração invocar a sua própria ineficiência na condução do processo de demissão (art. 132, II, da Lei 8.112/1990).

Por derradeiro, impende sublinhar que não há falar-se na ocorrência de prescrição para a ação disciplinar, dado que, se o vínculo estatutário foi mantido, o abandono do cargo subsistiu nos últimos cinco anos (art.142, I, da Lei 8.112/1990).

Ante o exposto, concedo a segurança, em parte, para determinar à autoridade impetrada que promova os atos necessários para o retorno da impetrante ao exercício do cargo público de datilógrafo, código LT-AS-702, classe “A”, ref. NM-112, do Quadro de Pessoal do ex-Território Federal do Amapá, ou a outro porventura resultante de transformação, sem prejuízo da aplicação de penalidade disciplinar”.

Isto posto, somos pelo improvimento da remessa (fls. 61/65).

Isto posto, nego provimento à remessa oficial, mantida a sentença.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2001.35.00.016771-8/GO

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves
Apelantes: Gonçalo Teixeira da Silva e outro
Advogado: Dr. Edgar Ferreira
Apelante: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Wellington Divino Marques de Oliveira
Apelados: os mesmos
Apelada: União Federal
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara/GO
Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Ementa

Constitucional e Processual civil. Ação civil pública. Cargos em comissão. Proibição de nomeação de servidores aposentados compulsoriamente ou com mais de setenta anos. Exoneração dos requeridos. Perda parcial do objeto. Ausência de interesse recursal dos servidores afastados. Aplicação do princípio do tantum devolutum quantum appellatum. Emenda Constitucional 20/1998. Alteração do art. 40 da CF. Limitação da vedação outrora existente. Servidores titulares de cargos efetivos. Interpretação da norma constitucional. Alcance restrito. Remessa oficial provida. Sentença reformada. Apelação do MPF a que se nega provimento.

I – Cuida-se de apelação interposta pelo MPF buscando maximizar o alcance da sentença que determinou a exoneração dos requeridos dos cargos em comissão para os quais haviam sido nomeados após completarem setenta anos de idade, estando aposentados.

II – Os requeridos, a seu turno, também apelam, sustentando seu interesse recursal apenas no fato de que estariam impedidos de assumir novos cargos públicos, o que não se mostrou verdadeiro, visto que a sentença recorrida restringiu-se a determinar a sua exoneração dos cargos que ocupavam, rejeitando o pedido de abstenção de novas nomeações, pela União, de servidores que se encontrassem em situação idêntica.

III – Assim sendo, falece-lhes interesse recursal, desde que no ponto em que atacada, a sentença recorrida lhes foi favorável.

IV – Malgrado já tenha ocorrido a exoneração dos requeridos, há a necessidade de apreciação do feito sob o crivo da remessa oficial, visto ser consectário lógico da condenação a proibição imposta à União de lhes renovar para que voltem a ocupar os cargos comissionados dos quais já foram exonerados em momento posterior ao ajuizamento desta ação.

V – Após o advento da Emenda Constitucional 20/1998, que deu nova redação ao art. 40, § 1º, II, do Livro Regra, não mais subsiste a proibição da nomeação de servidores comissionados com mais de setenta anos de idade, visto que, desde então, tal proibição ficou restrita às hipóteses de provimento de cargos efetivos.

VI – Apelação dos requeridos não conhecida.

VII – Apelação do MPF a que se nega provimento.

VIII – Remessa oficial provida.

Acórdão

Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, não conhecer da apelação dos requeridos, e por unanimidade, negar provimento à apelação do MPF e dar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 02/08/2006.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — O Ministério Público Federal manejou a presente ação civil pública, intentando a obtenção de édito judicial que determinasse à União a adoção imediata das medidas necessárias à exoneração dos servidores Gonçalo Teixeira e Silva e Homero Sabino de Freitas que, malgrado já tivessem implementado a idade limite de permanência no serviço público, estavam a ocupar *cargo em comissão* no *Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás*.

Postulou, ainda, que fosse imposta à União a obrigação de se abster, em todo o País, de nomear para exercer cargos em comissão o servidor compulsoriamente aposentado ou que tenha completado a idade limite fixada na Constituição da República (setenta anos).

Encaminhado com a inicial, o pedido de antecipação da tutela, foi o feito despachado a fls. 91 com a determinação de intimação do representante judicial da União para se pronunciar em 72 horas, sobrevindo a manifestação de fls. 95/99, pugnando pela não-concessão da antecipação pretendida. Com a decisão de fls. 101/105 a licença foi *deferida*, operando-se as comunicações de estilo.

Essa decisão restou duplamente agravada, pela União e pelos servidores atingidos com a medida, sendo *concedido* o efeito suspensivo nos termos da fotocópia encartada a fls. 115, 116 e 117.

Instruído o feito, foi proferida a sentença de fls. 285/290, contra a qual investem ambas as partes litigantes, tendo o seu prolator assim deliberado na parte conclusiva do *decisum*:

Por estas razões, ratifico a decisão liminar de fls. 101-105 e *julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais*, determinando ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás que proceda

à exoneração dos servidores Gonçalo Teixeira e Silva e Homero Sabino de Freitas dos cargos em comissão que ocupam no órgão em questão.

Condeno os requeridos ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes que, com base nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC c/ c art. 81 do CPC, fixo em R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) atualizados até a data do efetivo pagamento.

Os servidores requeridos interpuseram apelação a fls. 298/304, na qual alegaram em suma que:

– *Muito embora não mais ocupem os cargos em comissão no TRE*, seu interesse recursal reside no fato de que a decisão guerreada impede que eles venham a exercer quaisquer outros cargos em comissão, em evidente afronta à Carta Política;

– Ao contrário do que afirmou o sentenciante, os dispositivos constitucionais aplicáveis à espécie não impedem o exercício de cargo em comissão de servidores aposentados em razão da idade, pois o art. 40, § 1º, II, da CF determina apenas a aposentação compulsória daqueles servidores, não proibindo em seu texto que tais servidores possam ocupar cargos comissionados;

– O art. 37, II, da CF ressalva que os cargos em comissão declarados em lei são de livre nomeação e exoneração, sem fazer qualquer restrição às pessoas aposentadas e com mais de 70 anos de idade;

– A simples presunção de incapacidade da pessoa com mais de 70 anos não é motivo para que ela seja proibida de ocupar cargo em comissão, certo que, no caso dos autos, não houve nenhuma prova que sugerisse serem os apelantes incapazes para o exercício do cargo que ocuparam;

– Deve ser aplicada, por analogia, a regra do art. 87 da Constituição Federal, que permite a escolha dos ministros de Estado entre os brasileiros com idade superior a 21 anos, sem restrição de idade máxima;

– O Estatuto do Idoso veda a discriminação e a fixação de idade máxima nos concursos, salvo

quando a especificidade do cargo o exigir;

– O Decreto-Lei 200/1967, invocado como anteparo normativo para a formação do convencimento do julgador não foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor;

– O pleno do TCU entendeu, consoante decisão 1.587/2002, que o servidor aposentado com mais de 70 anos pode, sim, ocupar cargo em comissão.

Ao lume do exposto, pugnou pela reforma do *decisum* hostilizado.

Informando que os requeridos não mais ocupavam cargo comissionado no TRE/GO, a União suscitou a perda do objeto do presente feito (fls. 312).

A fls. 315/317 o MPF interpôs embargos de declaração, argüindo a omissão da sentença proferida no tocante ao pedido de condenação da União na obrigação de se abster de nomear, em todo o país, servidores aposentados com mais de 70 anos de idade para a ocupação de cargos em comissão, ainda que tal apreciação seja feita com o não-acolhimento do pedido ou com sua limitação territorial ao Estado de Goiás.

Consoante decisão de fls. 319/320 o douto magistrado *a quo* rejeitou os embargos, ao fundamento de que o pedido de abstenção de nomeação em todo o país *foi devidamente rejeitado*, inexistindo, outrossim, qualquer outro pedido sucessivo de proibição de nomeação apenas no estado de Goiás, razão pela qual a apreciação requerida no recurso horizontal ensejaria julgamento *extra petita*.

A fls. 323/333 o MPF recorreu também verticalmente contra a sentença proferida, esgrimindo com as seguintes razões recursais:

– O magistrado *a quo* rejeitou o pedido de condenação da União no ônus de se abster de nomear, em todo o País, o servidor compulsoriamente aposentado ou que tenha alcançado a idade limite, por entender que, em sede de ação civil pública, apenas o STF e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional;

– Que malgrado o sentenciante tivesse entendido serem aplicáveis as prescrições do art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.494/1997, restringindo a coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão prolator, cuidando-se, na espécie, de interesses difusos, com titulares indeterminados, o objeto da relação processual é sempre indivisível, igual para todos, daí porque a decisão proferida

há de atingir todos aqueles que se encaixem na situação objetiva analisada. Assim, tratando-se de serviço público federal, sujeito a regras idênticas quanto às formas de provimento de cargos, a consequência é única, ou seja, ou os atos impugnados são válidos indistintamente para todos ou não são para ninguém;

– O STJ vem entendendo que “o efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano”;

O MPF seguiu transcrevendo excertos doutrinários e jurisprudenciais que entendeu abonadores de sua pretensão, pugnando, ao fim, pela reforma da sentença no ponto em que indeferiu o pedido de abstenção da União, de nomear em todo o território nacional, servidores compulsoriamente aposentados ou que já tivessem alcançado a idade de setenta anos.

Contra-razões do MPF a fls. 336/346 e dos requeridos a fls. 348/349.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Análise de início a questão prejudicial levantada pela União a fls. 312, no sentido de que a exoneração dos servidores que também integram o pólo passivo desta ação induziria à perda do seu objeto, para concluir em sentido diverso daquele propugnado pelo ente público, em virtude de que tanto o MPF quanto os referidos servidores manifestaram seu intento de ver alterada a sentença proferida; o MPF buscando potencializar os seus efeitos e os requeridos buscando a inversão de seu comando.

Vê-se, assim, que se houve alguma perda de objeto da liça, foi apenas uma perda parcial, dado que o afastamento dos requeridos dos cargos que ocupavam era apenas *parte do pedido formulado pelo MPF*. O móvel de sua irrisignação contra a sentença proferida, reside justamente no fato de que, além da exone-

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Lincoln Rodrigues de Faria e Antonio Cláudio Macedo da Silva (convocados). Ausentes, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Megueriam e, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves.

ração dos servidores, pretende o MPF *obter a condenação da União na obrigação de não fazer consistente na abstenção de novas nomeações* de pessoas que se encontrem na mesma situação dos requeridos.

Ultrapassada esta questão, passo agora a analisar a apelação dos requeridos em face da situação em que se encontra o feito, para constatar a ausência de interesse recursal destes, em face de sua exoneração dos cargos que ocupavam, bem assim das alegações contidas no apelo (*tantum devolutum quantum apellatum*).

De fato, a exoneração operacionalizada pelo TRE de Goiás afasta qualquer interesse imediato dos recorrentes em obter a reforma do comando sentencial, desde que ainda que fosse ele alterado, tal providência não surtiria nenhum efeito de ordem prática, dado os seus afastamentos do órgão público em comento, vale dizer, não teria o condão de reconduzi-los aos cargos comissionados outrora ocupados.

Por outro lado, aduzem os recorrentes unicamente que seu interesse recursal reside na impossibilidade de nova nomeação para a assunção de novos cargos comissionados, em face do comando sentencial proferido...

Tal premissa, contudo, não é verdadeira, visto que o édito sentencial proferido na primeira instância se *resumiu* a determinar que a União promovesse a sua exoneração, sem, contudo, determinar qualquer espécie de proibição no sentido de que nem eles, nem outras pessoas em idênticas situações, pudessem ser nomeados para a assunção de novos cargos em comissão.

Tanto isto é verdade que, justamente porque a sentença proferida limitou-se a determinar a exoneração dos requeridos, o MPF interpôs recurso de apelação, buscando a maximização dos seus efeitos para que novas nomeações, em todo o país, não fossem mais efetivadas.

Não conheço, portanto, da apelação dos requeridos, por absoluta falta de interesse recursal, visto que, no ponto em que atacado (extensão do comando decisório), *a sentença proferida foi favorável à sua pretensão*.

Examino agora o *decisum* sob o viés da remessa oficial, isto porque, sem embargo de já terem sido exonerados os requeridos dos cargos públicos, há flagran-

te interesse da União na resolução da matéria, não só porque a exoneração dos requeridos foi evidentemente influenciada pela existência do presente feito, como porque reputo existir um interesse jurídico subjacente à simples questão do afastamento dos servidores, no caso concreto, consistente nos parâmetros que deverão ser fixados ao administrador, de forma mais abrangente.

Ademais, se é fato que os servidores requeridos motivaram sua apelação apenas na impossibilidade (que se mostrou inexistente) de novas nomeações para *outros* órgãos públicos, não se importando com a impossibilidade concreta de nova nomeação para a ocupação dos mesmos cargos dos quais já foram exonerados (esta sim derivada do comando sentencial), esta impossibilidade impinge também um dano à União, que ficou impedida de nomear (ou renomear) os requeridos para ocupar os cargos dos quais foram afastados.

Por esta razão, existindo uma ordem judicial que produziu efeitos concretos contra a União, deve ser o feito apreciado sob o viés da remessa oficial.

Pois bem, a questão controversa nos presentes autos gira em torno da interpretação que deve ser dada aos ditames constitucionais que regulam a relação jurídico-administrativa da União com os seus servidores.

Veja-se, nesse passo, o que estabelece o Livro Regra, observando-se a redação dada aos dispositivos adiante transcritos, tanto pela Emenda Constitucional 20/1998, como pela EC 41/2003.

Art. 40 – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (*Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/1998.*)

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (*Redação dada*

pela Emenda Constitucional 41, 19/12/2003.)

§ 1º – Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/1998).

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional 41, 19/12/2003.)

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional 41, 19/12/2003).

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/1998).

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/1998.)

§ 13 – Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/1998.)

Segundo se infere da leitura da peça póstica, a pretensão nela deduzida está calcada na premissa de que, tanto os servidores titulares de cargo efetivo quanto os comissionados são espécies do gênero servidor público e que, por esta razão, a ambos estaria voltada a determinação contida no art. 40, § 1º, II, da Constituição da República.

Aduz ainda o *Parquet* que as alterações implementadas pela EC 20/1998 não tiveram o condão de suprimir para os servidores comissionados as restrições outrora impostas a todos os servidores — efetivos e comissionados —, registrando, nesse sentido, que o texto constitucional deve ser interpretado em

razão de todo o arcabouço normativo nele contido, devendo ser repelida a interpretação pontual, quando esta ensejar o afastamento da norma, do sistema a que integra.

Pois bem, malgrado seja verdadeira essa última ponderação do MPF, entendo que mesmo a análise sistemática dos dispositivos constitucionais em exame leva à constatação de que eles não vedam a nomeação para a assunção de cargos públicos em comissão, dos servidores compulsoriamente aposentados ou que já tenham alcançado a idade de setenta anos, isto a partir do advento da EC 20/1998.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que, de fato, a Emenda Constitucional 20/1998 trouxe substancial alteração na dicção do *caput* e dos incisos e parágrafos do art. 40 da Carta Magna, ao disciplinar o regime de aposentadoria dos servidores titulares de *cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A inovação terminológica acima destacada, com efeito, não pode ser considerada com a superficialidade que o requerente a ela visa emprestar, porque além de ser cediço que a interpretação da norma jurídica deve levar em conta o fato de que nela não existem expressões desnecessárias (essa pelo menos deve ser a regra), ou supérfluas, o sentido vernacular das referidas expressões também não pode ser desconsiderado, ou sequer minimizado (cf. RE 148304/MG – Minas Gerais, DJ 12/05/1995, p. 12.993).

Essa diretriz, aliás, encontra suporte na jurisprudência deste próprio pretório, consoante se infere da leitura do seguinte aresto:

Ementa: Militar. Estipêndios calculados com espeque em soldos de almirante de esquadra, equiparados a vencimentos de ministro do Superior Tribunal Militar por lei. Revogação tácita pela Constituição Federal de 1988. Direito adquirido contra esta inexistente. Revogação pela Lei 7.723/1989, art. 7º. Ausência de direito à manutenção de determinada política salarial. Efeitos financeiros até a revogação legal. Interpretação razoável por não conter a lei expressões inúteis. Pedido parcialmente procedente.

1 – Inexiste direito adquirido contra a Constituição Federal.

2 – O servidor público, civil ou militar, não tem direito à manutenção de determinada política salarial.

3 – Razoável a interpretação de que, não

contendo as leis expressões inúteis, o art. 148, § 2º, da Lei 5.787/1972, na redação do Decreto-Lei 2.380/1987, apesar de incompatível com a Constituição Federal atual (art. 37, XIII), excluído do mundo jurídico, expressamente, somente pelo art. 7º da Lei 7.723/1989, surtiu efeitos financeiros referentes à vinculação dos estípedios dos militares a soldo de almirante de esquadra, equiparados a vencimentos de Ministro do Superior Tribunal Militar, até 06/01/1989, data em que foi editado o dispositivo legal excludente.

4 – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Turma.

5 – Apelação provida em parte.

6 – Sentença reformada parcialmente. (AC 94.01.00208-8/DF; Relator: Juiz Catão Alves, DJ de 01/12/1997, p. 103.823).

Assim, se na alteração da redação primeva do texto em exame da norma *mater*, o constituinte derivado resolveu se valer da expressão “servidores titulares de cargos efetivos” em lugar da mais abrangente “servidor”, tal limitação não deve ser interpretada como uma singela mudança de expressões, sinônimas em seu alcance.

De fato isto não é verdade, porque o próprio § 1º do artigo em comento também foi alterado em consequência da mudança constante do *caput*, passando a dispor que: “*Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º.*”

Portanto, a disciplina implementada pelo art. 40 da Constituição Federal, a partir da redação dada pela EC 20/1998, tem por destinatários os servidores ocupantes de cargos efetivos, vinculados a um regime próprio de previdência.

Pari passu, outra leitura não pode ser dada à restrição inserida no inciso II do ditame em comento, senão a de que os servidores abrangidos pelo referido sistema de previdência (§ 1º) devem ser compulsoriamente aposentados aos setenta anos de idade, não se estendendo esta restrição aos servidores comissionados, até porque estes, simplesmente, não podem ser aposentados pelo regime específico de previdência, consoante se infere da leitura do § 13 do aludido art. 40, adrede transcrito e agora repetido: a eles aplica-se o regime geral de Previdência Social.

A esse respeito, aliás, vem se pronunciando o

STF em casos similares, consoante se infere da leitura do seguinte julgado:

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário.

2. Aposentadoria compulsória. Titulares das serventias de notas e registros. Art. 40, § 1º e inciso II, da Constituição Federal, em redação posterior à Emenda 20/1998.

3. A aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 417362 AgR/PE Relator: Min. Gilmar Mendes, DJ 03/09/2004, PP-00033 Ement Vol-02162-05 PP-00846).

A par de tudo, *trata-se de norma restritiva de direitos que, nesta condição, deve ser interpretada com um sentido igualmente restrito*, não permitindo, pois, a aplicação da analogia ou mesmo de técnicas que estendam o seu alcance para além do horizonte expressamente divisado pelo legislador constituinte.

Assim, se esse mesmo legislador constitucional cuidou de *diferenciar* a situação dos servidores efetivos da União, estes vinculados ao regime próprio de previdência social, daqueles outros servidores, instável e provisoriamente vinculados ao serviço público, estes últimos que, além disto, *devem se vincular ao regime geral de previdência*, para fins de imposição de um limite de idade em sua permanência no serviço público, não cabe ao intérprete da norma, repise-se, pretender que o mesmo tratamento seja dispensado àqueles que, por força da distinção contida na Norma Ápice, encontram-se em situações jurídicas distintas, dessemelhantes.

É imperativo ainda ser registrado que a fixação da idade limite para a ocupação de cargos públicos tem por escopo, em princípio, o atingimento de duas finalidades; o afastamento do serviço público de servidores que, em função da idade, não podem mais desempenhar seu labor com a eficiência necessária ao cumprimento de um dos preceitos inseridos no art. 37 do Livro Regra (princípio da eficiência) e; a necessidade de oxigenação do serviço público, com a renovação de seu quadro funcional a partir do afastamento cíclico daqueles servidores que já há muito se encontravam no desempenho da função pública.

A primeira premissa, contudo, não mais pode ser convalidada de forma plena e estanque, sem levar em conta as especificidades de cada cargo ocupado, tampouco a situação individual de cada servidor, até porque se ele não possuir mais, condições de enfrentar as atividades diárias de seu labor, poderá ser, *por esta própria razão, aposentado, independentemente da idade que possua.*

De toda forma, ainda que se admita a necessidade de fixação de uma idade, com essa justificativa, a aposentação compulsória somente poderá atingir os *servidores efetivos*, porque esses teriam em seu favor a discricionariedade de, mesmo sabedores do comprometimento de sua eficiência (sendo este o caso) continuar prestando o serviço público, dada a estabilidade inerente ao cargo que ocupam.

Assim, o *servidor comissionado, de livre provimento e exoneração*, que não estiver desempenhando seu trabalho a contento, independentemente da faixa etária, poderá ser sumariamente afastado de suas funções, *daí porque a justificativa da eficiência como fundamento para a fixação da idade limite não pode ser invocada em relação a eles.*

Resta, ainda, a outra finalidade buscada com a fixação da idade máxima para os servidores efetivos, qual seja, a necessidade de renovação, de oxigenação, dos quadros da administração.

Nesse caso, o fundamento detrás usado em relação ao primeiro ponto também pode ser aplicado. De fato, o servidor efetivo que atingisse determinada idade não poderia ser afastado da Administração, *caso não houvesse o limite constitucional* (a menos que restasse comprovada sua incapacidade para o labor, do que não se cuida, na espécie). Presume-se, assim, que ao atingir os setenta anos deva ser ele transferido para a inatividade remunerada, *a fim de que novos agentes passem a compor os quadros do serviço público.*

Ocorre que a finalidade da existência dos cargos em comissão não é outra que não a de *municiar os dirigentes dos órgãos públicos com os auxiliares diretos que se enquadrem o mais fielmente possível no perfil definido pelo referido dirigente como necessário e suficiente para o desempenho das atividades inerentes ao alcance das metas por ele próprio traçadas*, razão pela qual a questão relativa à idade perde em importância para a do objetivo eleito pelo dirigente como justificativa da nomeação.

Por outro lado, a idade, em casos que tais, pode é pender favoravelmente ao contratante, ao argumento de que *a experiência acumulada ao longo de anos de trabalho trará maior eficiência ao desempenho do mister atribuído ao contratado...*

O que funda, portanto, a nomeação do servidor comissionado é a relação de confiança pessoal e profissional nele depositada pelo gestor público responsável por sua convocação, além da expectativa de eficiência, devendo-se deixar claro que *tal relação não pode jamais se desviar do rumo reto e hígido imposto pelo princípio da moralidade administrativa, de forma que não pode o administrador, à guisa de exercer seu discricionário poder de nomeação, para cargos de confiança, inundar a administração com seus familiares e apaniguados, ao mero pretexto de neles depositar toda a confiança necessária para o desempenho de seu labor.*

Posto isto, sendo livre a possibilidade de nomeação, deverá o dirigente sopesar entre a circunstância da idade de quem se cogita para servidor, como elemento de limitação profissional ou de modernização do órgão respectivo, e a confiança que tem em sua capacidade técnica e em sua idoneidade moral, para que possa promover a nomeação em comento.

No provimento do cargo comissionado, como visto, há uma presunção de que o administrador escolheu o auxiliar que, dentro de sua ótica, melhor se amolda às necessidades da instituição que representa, sendo secundária, nesse aspecto, a questão da idade do servidor nomeado.

De uma ou de outra forma, gravita em torno da discricionariedade do administrador a possibilidade de, obedecidos os preceitos contidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, promover a nomeação de servidor aposentado com mais de setenta anos de idade para a assunção de cargo comissionado.

Assim sendo, se não há impedimento legal ou constitucional para que o servidor aposentado que conte com menos de setenta anos de idade possa ocupar *cargos em comissão*, resta claro que, desde o advento da Emenda Constitucional 20/1998, também o servidor que possua idade superior àquela prevista no art. 40, § 1º, II, da CF, pode ocupar os referidos cargos.

A sentença proferida, portanto, deve ser reformada por força da remessa oficial.

Diante do exposto, não conheço da apelação dos réus, nego provimento à apelação do MPF e dou provimento à remessa oficial para, reformando a sentença proferida, julgar improcedente o pedido, tendo em vista que a União pode, sim, desde o advento da EC 20/1998, nomear para cargos em comissão, servidores compulsoriamente aposentados ou que possuam mais de setenta anos.

É o meu voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Antonio Claudio Macedo da Silva: — Trata-se de ação civil pública proposta pelo MPF objetivando a exoneração dos requeridos Gonçalo Teixeira e Silva e Homero Sabino de Freitas, bem como a abstenção da União de nomear, em todo território nacional, para exercer cargos em comissão, servidor compulsoriamente aposentado ou que tenha completado a idade limite fixada na CF/1988.

Após o voto da ilustre Relatora, não conhecendo da apelação dos requeridos e negando provimento à apelação do MPF e dando provimento à remessa oficial, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Quanto à questão de fundo, acompanho a eminente Relatora *in totum*, apenas registrando que a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios imposta na sentença fica afastada pelo provimento da remessa oficial, e que, quanto ao Ministério Público Federal, somente quando o Órgão Ministerial agir com comprovada má-fé é que serão devidos honorários advocatícios na ação civil pública, a serem suportadas pela Fazenda Nacional. Precedentes: STJ, RESP 785.489/DF, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, *in DJU*, I, 29/06/2006, p. 186; e TRF1, AC 96.01.52651-0/DF, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, *in DJU*, II, 03/09/1998, p. 57.

Logo, inexistente comprovada má-fé no caso concreto, incide na *fattispecie* a hipótese do art. 18 da Lei 7.347/1985, descabendo condenação do MPF em honorários advocatícios e custas processuais.

Ante o exposto, acompanho a Relatora.

É como voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Juiz Federal Lincoln Rodrigues de Faria: — Senhora Presidente, ouvi com atenção o voto proferido por Vossa Excelência e com ele comungo em entendimento no que se refere ao mérito. Entretanto, peço vênias a Vossa Excelência no que se refere à análise preliminar elaborada em seu voto quando não conhece da apelação da parte ré, isso porque, a meu sentir, uma vez que a sentença julgou procedente o pedido e determinou a exoneração dos réus, deve-se considerar que esse *decisum* fulcrou-se em causa de pedir que está a atingir o patrimônio jurídico dos réus. E isso porque a determinação de exoneração foi fundamentada na circunstância de aqueles já aposentados compulsoriamente ou que já possuam mais de setenta anos não podem ser nomeados para cargos comissionados. É nesse sentido que foi o decreto de exoneração. Observada a extensão deste julgado na forma como fundamentado, é de se ter presente que, uma vez exonerados por força de sentença, eles não poderão, mesmo que a administração pública queira no futuro, reconduzi-los a cargos comissionados, porque estaria vedada essa recondução a cargos comissionados por força da causa de pedir que levou à edição da sentença. Dessa forma, diante da ofensa ao patrimônio jurídico dos réus, a meu sentir, persiste o interesse recursal na reforma dessa sentença, mesmo que quando de sua edição já estivessem eles alijados da Administração Pública.

Assim, peço mais uma vez vênias a Vossa Excelência para conhecer da apelação dos réus e a ela dar provimento com fundamentos que Vossa Excelência ditou na análise de mérito. Concluo a minha manifestação por negar provimento à apelação do Ministério Público e dar provimento à apelação dos réus e à remessa oficial.

Terceira Turma

Apelação Criminal

2004.38.02.001512-9/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto

Apelante: Francisco Ferreira Sousa

Advogada dativa: Dra. Mikaela Minare Braúna

Apelada: Justiça Pública

Procuradora: Dra. Mirian R. M. Lima

Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Ementa

Penal e Processo Penal. Contrabando e descaminho. Art. 304, caput, do Código Penal. Inexistência de nulidade por ausência de advogado durante o inquérito policial. Retratação do réu em juízo. Atenuante da confissão não aplicada. Princípio da insignificância não aplicável ao caso. Valor maior que o estipulado na Lei 11.033/2004.

I – A presença do advogado de defesa não é imprescindível no interrogatório policial, pois que a fase inquisitorial do processo é meramente informativa.

II – Não se aplica a atenuante da confissão espontânea se o réu se retratou em juízo das afirmações prestadas no inquérito policial.

III – Impossível a aplicação do princípio da insignificância se as mercadorias apreendidas superam o valor estipulado na Lei 11.033/2004, que dispõe que: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

IV – Apelação parcialmente provida.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 14/11/2006.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco Ferreira Sousa contra sentença proferida pela Juíza Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, Cláudia Aparecida Salge, que condenou o apelante a 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, subs-

tituindo a pena aplicada por uma restritiva de direito, pela prática do crime descrito no art. 334, § 1º, c, do Código Penal.

2. Narra a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (fls. 2A/4A):

Segundo consta dos autos de inquérito policial, em 06/06/2002, no Município de Comendador Gomes, por volta das 18 horas, agentes da Po-

licia Federal abordaram um ônibus de turismo e, após científicarem-se de que as mercadorias transportadas eram procedentes do Paraguai, conduziram o coletivo até a Superintendência Regional de Polícia Federal em Goiânia/GO.

Durante a realização de minuciosa busca, foi encontrada grande quantidade de cigarros de propriedade do denunciado sendo 50 (cinquenta) pacotes de Derby, 340 (trezentos e quarenta) pacotes de Saxon e 1 500 (mil e quinhentos) pacotes de Calvert, a qual foi apreendida em razão de se encontrar desacobertada da documentação legal.

Em seu depoimento perante a autoridade policial, o denunciado afirmou que era o proprietário dos cigarros apreendidos e que os mesmos foram adquiridos no Paraguai para serem revendidos na feira. Disse, ainda, que compra produtos no Paraguai há mais ou menos seis meses (fls. 6/7). Corroborava a autoria os depoimentos das testemunhas de fls. 31/32.

A materialidade do delito encontra-se demonstrada pelo auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal (fls. 52/54), assim como pelo laudo merceológico (fls. 50/51) que atesta a origem estrangeira das mercadorias internadas no território nacional.

3. Entendeu a MM^a. Juíza *a quo* que a materialidade do crime restou devidamente comprovada pelo Laudo Pericial – Merceológico – 183/03SR/GO, fls. 50/51, no qual os peritos atestam a origem estrangeira das mercadorias apreendidas. Disse que a autoria também restou comprovada pela confissão do réu na Polícia e em Juízo e que a tese de ocorrência do princípio da insignificância não deve prosperar, tendo em vista o valor das mercadorias apreendidas, bem como o fato do réu já responder a outras ações penais pela prática do mesmo crime (fls. 214/223).

4. Alega o recorrente que o seu interrogatório colhido na fase policial não possui valor probante, uma vez que foi realizado sem a presença de advogado, e, também, que ocorreu erro de proibição em decorrência do seu entendimento de que a venda de cigarros provenientes do Paraguai era lícita. Defende a aplicação das atenuantes de confissão espontânea e de que o crime foi perpetrado por relevante valor social e moral, previstas, respectivamente, no art. 65, III, *d e a*, do Código Penal. Sustenta, ainda, que é pobre, não podendo arcar com as custas processuais. Requer, assim, sua absolvição ou a redução da pena (fls. 236/244).

5. Em contra-razões, o Ministério Público

Federal requer seja negado provimento ao recurso e mantida a sentença pelos seus próprios fundamentos (fls. 254/2b58).

6. Nesta instância, o Ministério Público Federal, representado pelo Procurador Regional da República José Adércio Leite Sampaio, opina pelo não-provimento do recurso interposto (fls. 262/268).

7. É o relatório.

8. Ao eminente Revisor em 18/09/2006.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Cuida-se, como visto, de apelação criminal interposta por Francisco Ferreira Sousa contra sentença que o condenou a um ano e seis meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 334, §1º, *c*, do Código Penal.

Diz a denúncia (fls. 2A/4A) que, no dia 06/06/2002, agentes da polícia federal interceptaram um ônibus, encontrando grande quantidade de cigarros de propriedade do denunciado, sendo 50 (cinquenta) pacotes de Derby, 340 (trezentos e quarenta) pacotes de Saxon e 1.500 (hum mil e quinhentos) pacotes de Calvert, de origem estrangeira, sem documentação fiscal, de acordo com o Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 4, que totalizavam a quantia de R\$ 18.900,00 (dezoito mil e novecentos reais), conforme Laudo de Exame Merceológico de fls. 50/51.

A materialidade e autoria foram devidamente comprovadas. A alegação de ilegalidade no interrogatório policial pela ausência do advogado de defesa não prospera, visto estar consolidado na jurisprudência que esse procedimento na fase inquisitorial não é imprescindível, por se tratar de fase meramente informativa, conforme ementa a seguir:

Penal. Crime de uso de documento falso. Materialidade e autoria comprovadas. Inexistência de nulidade por ausência de advogado durante o inquérito policial. Confirmação da sentença condenatória.

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Jamil Rosa de Jesus Oliveira e José Magno Linhares Moraes (convocados). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro.

1. Conforme pacífica jurisprudência, a ausência de advogado do réu na lavratura do auto de prisão em flagrante e mesmo durante o inquérito policial não constitui causa de nulidade, não representando ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

2. Comprovadas a materialidade e autoria do delito de uso de documento falso, deve ser mantida a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou o réu à pena de dois anos de reclusão.

3. Apelação a que se nega provimento. (ACr 1997.01.00.016298-2/DF, Rel. Juiz Osmar Tognolo, Terceira Turma, DJ de 14/08/1998, p. 125.)

Também não procede a alegação de que, no caso, teria ocorrido erro de proibição, pois o que se extrai dos autos é que a ilicitude da conduta praticada é conhecida por todos, não podendo ser ignorada pelo réu, que, inclusive, estava acostumado a tais práticas, conforme demonstrado nos autos.

Quanto à aplicação da atenuante do art. 65, III, *a*, segundo a qual o delito foi cometido em virtude de relevante valor moral ou social, essa não procede, pois o elevado valor das mercadorias demonstra o intuito comercial do acusado.

A atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP) também não se aplica ao caso, pois que o réu se retratou em juízo das afirmações prestadas no inquérito. Nesse sentido, jurisprudência deste TRF 1ª Região:

Penal e Processual Penal. Sentença condenatória. Art. 334, § 1º, alínea c, e art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990. Materialidade. Demonstração. Aquisição de mercadoria estrangeira desacompanhada de documentação legal. Utilização de notas fiscais falsas. Supressão de tributo. Confissão extrajudicial. Retratação em juízo. Circunstância atenuante. Incidência. Impossibilidade. Apelo improvido.

1. É de rigor a manutenção da r. sentença que condenou os apelantes como incurso nas penas do art. 334, § 1º, alínea c, e art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/1990, eis que, provada a materialidade, restou demonstrado, pelo conteúdo probatório, que adquiriram, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, utilizando notas fiscais falsas com o fim de acobertar a aquisição de aparelhos celulares, do que resultou supressão de tributo.

2. *Confissão espontânea, feita na fase inqui-*

sitorial, e, posteriormente, retratada em juízo, não pode ser considerada quando da individualização da pena.

3. Incensurabilidade da dosimetria, porque afeita aos regramentos legais.

4. Apelos improvidos. (ACr 2000.38.00.023515-8/MG, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 01/09/2006, p. 20.)

Analisemos, desse modo, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

Em face do advento de regramento que manifesta o desinteresse do erário com arrecadação de determinados valores (art. 20 da MP 2.095-76, de 13/06/2001, convertida na Lei 10.522, de 19/07/2002), cabível é o princípio da insignificância, em alguns casos, ainda que se trate de crime de contrabando. Essa Lei estabelecia o valor consolidado a fundar as execuções fiscais da União em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Além disso, a própria União Federal, em sede fiscal, abstém-se de efetuar o lançamento na Dívida Ativa da União em se tratando de valor não excedente a R\$ 1.000,00 (hum mil reais), e não ajuíza execução fiscal em se tratando de crédito tributário de quantia igual ou menor que R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme se verifica dos arts. I e II da Portaria 049/2004, expedida pelo Ministério da Fazenda, a qual transcrevo, *verbis*:

Art. 1º Autorizar:

I – a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e

II – o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Acolhendo o prescrito na citada Portaria 049/2004, foi editada a Lei 11.033, de 21/12/2004, que, em seu art. 21, alterou o art. 20 da Lei 10.522/2002, ficando com a seguinte redação:

[...] Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nas decisões do Superior Tribunal de Justiça já se aplicam a alteração trazida pela Lei 11.033/2004, conforme se verifica da jurisprudência abaixo:

Recurso especial. Descaminho. Insignificância. Art. 20 da Lei 10.522/2002, com alteração da Lei 11.033/2004.

Segundo a melhor orientação desta Corte, a dívida sobrevinda do descaminho, cujo valor encontra-se no limite estatuído pelo art. 20 da Lei 10.522/2002, com alteração da Lei 11.033/2004, impede a condução da ação penal, porquanto compreende a falta de lesividade aos cofres públicos em ordem a deflagrar a *persecutio criminis*.

Recurso não conhecido. (RESP 2004/0117990-1, DJ 21/03/2005, p. 431, STJ – Quinta Turma, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca.)

Assim, tenho entendido que, realmente, não há por que ocupar o Judiciário com questões que certamente lhe causarão alto custo, *quando* a mercadoria apreendida *não ultrapassa o limite estabelecido pela Lei 11.033/2004*.

No caso dos autos, entretanto, o valor das mercadorias compreendeu a importância de R\$ 18.900,00 (dezoito mil e novecentos reais), ultrapassando, portanto, o estipulado na citada Lei, o que, a meu ver, não possibilita a aplicação do princípio da insignificância.

Desse modo, acertada a decisão que condenou o réu. Vejo, no entanto, que a pena foi fixada acima do mínimo legal. Sendo o réu primário, com conduta social satisfatória e personalidade de homem comum, não vejo porque exarcebar-lhe a pena, motivo pelo qual a reduzo para um ano de reclusão, tornada definitiva, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de aumento ou diminuições. Preenchendo o acusado os requisitos do art. 44, II, da Lei 9.714/1998, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, a ser determinada pelo Juízo da Execução.

Quanto às custas processuais, “A pobreza do condenado não impede a condenação nas custas, cabendo ao Juízo da Execução examinar a miserabilidade jurídica do condenado e isentá-lo ou não do seu pagamento” (ACr 1998.98.00.044192-8/MG; DJ de 15/01/2002, p. 196; relator Juiz Mário César Ribeiro).

2. Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir a pena imposta.

3. É o voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira: — Os autos do processo foram recebidos, e, sem acréscimo ao relatório, pedi dia para julgamento.

O recorrente foi condenado a uma pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, convertida em restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade e doação de cestas básicas), pelo prática do art. 334, § 1º, c, do CP, consubstanciado na internação no país de 1890 pacotes de cigarro, provenientes do Paraguai, sem a devida guia de importação, cujo valor apurado seria de R\$ 18.900,00, não havendo dúvida quanto à materialidade e à autoria do crime.

Neste recurso, traça o acusado duas linhas de defesa, uma pela sua absolvição, em face da nulidade do seu interrogatório realizada no inquérito, porque desacompanhado de advogado, o que retiraria a validade da sua confissão, bem como pela ocorrência de erro de proibição, pois não tinha conhecimento da ilicitude do seu ato, e pela falta de subsunção dos fatos ao tipo, pois adquiriu a mercadoria no Brasil, não tendo introduzido clandestinamente no território nacional. Em uma segunda linha de argumentação defende, para a fixação da pena, a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e de a prática delitiva haver sido cometida por motivo de relevante valor social ou moral (art.65, III, *a e d* – CP). Examino, pontualmente, os fundamentos.

A tese de nulidade o interrogatório policial, por ocasião do flagrante, pela ausência do advogado do acusado, não tem recebido agasalho na jurisprudência, que tem entendido que “a presença do advogado no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante não constitui formalidade essencial a sua validade”^{*}.

No que tange ao erro de proibição, a tese, por demais pueril, com a devida vênia, não se sustenta, à luz dos elementos dos autos, pois é do conhecimento geral que a importação de produto estrangeiro, fora dos limites da cota legal, configura atividade ilegal,

^{*}HC 22.526/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 21/11/2002, DJ 03/02/2003, p. 329.

tanto mais em se tratando de cigarros, cuja importação é proibida, devendo ser considerado, ainda, que o acusado não foi pego em uma atitude ocasional, mas no desenvolvimento de uma atividade rotineira, pois, segundo afirma (fls. 123-124), sobrevive desta prática comercial, valendo dizer, ainda, já está sendo processado por fatos semelhantes, conforme certidões de antecedentes criminais juntados às fls.192-195.

A alegação de que os fatos atribuídos ao réu não se subsumem ao tipo penal que lhe é imputado, porque a mercadoria apreendida não teria sido introduzida no país clandestinamente, mas adquirida no Brasil, destoa dos demais elementos informativos dos autos, pois o recorrente foi preso em um ônibus que conduzia “turistas” em viagem ao Paraguai, e confessou, em sede policial, que a aquisição da mercadoria se deu naquele país. Conquanto o seu depoimento em juízo contradiga aquele que prestou na polícia, cabia-lhe, além da simples afirmativa, para dar mais concretude à sua nova versão, declinar elementos ou fatos que pudessem demonstrar que a compra do seu produto se dera no Brasil, o que não ocorreu.

Quanto à pretensão de incidência de atenuante da confissão espontânea, tenho que a ela não faz jus o recorrente, considerando que se retratou em juízo do depoimento que prestara na Polícia, onde fizera sua confissão. Esta é a linha de entendimento da jurisprudência do Tribunal.

Penal. Processo Penal. Tráfico de substância entorpecente. Procedência do estrangeiro comprovada. Art. 12 c/c art. 14 e art. 18, inciso I, todos da Lei 6.368/1976. Prisão. Regime de cumprimento da pena.

I – Crime de tráfico internacional de entorpecente suficientemente comprovado em todos os seus elementos com variações nos enquadramentos das condutas perpetradas pelos diversos os réus, conforme tipificação prevista no art. 12 c/c art. 14 e art. 18, inciso I, todos da LAT.

II – Incontrovertida a associação existente entre o réu Edimilson e os outros condenados pelo tipo descrito no art. 14 da mesma lei. Trata-se de delito autônomo que exige a comprovação da habitualidade, o que restou provado nos autos.

III – A aplicação da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, d, do CP exige que a confissão seja espontânea e completa, o que não se configurou nos autos em relação ao acusado Jairo Abel, uma vez que ele se retratou da narrativa apresentada quando da prisão em flagrante, apresentando uma

nova versão dos fatos em juízo, o que impõe a exclusão da referida atenuante de sua condenação. [Negrito aditado.]

IV – A Lei de Crimes Hediondos não permite progressão de regime no caso de tráfico ilícito de entorpecentes, mas tal regra não se aplica ao delito autônomo de associação, previsto no art. 14 da Lei de Tóxicos. [Precedentes do STF e STJ.]

V – Apelação do Ministério Público parcialmente provida.

VI – Apelação dos réus desprovidas. (ACr 2003.37.00.008445-9/MA, Rel. Juiz Federal José Carlos do Vale Madeira (conv.), Rel. p/ acórdão Juiz Federal José Carlos do Vale Madeira (conv.), Terceira Turma, DJ de 24/02/2006, p. 46.)

Da mesma forma, não se sustenta a pretensão de aplicação ao caso da atenuante da letra *d* do inciso III do art. 65 do CP, pois não caracteriza motivo de relevante valor social a alegação de haver praticado o delito para sustentar a família, em face da sua condição de desempregado, pois, como já dito acima, o recorrente não foi pego em uma atitude isolada, eventual, mas rotineira, pois se disse comerciante desses produtos, circunstâncias que, na minha maneira de ver, impossibilita a aplicação da atenuante.

Por fim, entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a mera existência de investigações policiais (ou de processos penais em andamento) não basta, só por si, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes”, não podendo autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do *status poenalis* do réu (HC 84.687/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27/10/2006, p. 63), de modo que reduzo a pena privativa de liberdade para o mínimo legal (1 ano de reclusão).

É o voto.

Quarta Turma

Apelação Criminal

2002.38.02.002651-1/MG

Relator: O Exmo Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro

Apelante: João Batista Vaz Pereira

Advogado: Dr. Daniel Rosa

Apelada: Justiça Pública

Procuradora: Dra. Daniela Batista Ribeiro

Publicação: DJ 2 de 19/12/2006

Ementa

Penal. Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Telecomunicações. Lei 4.117/1962. Rádio clandestina. Lei 9.472/1997. Radiodifusão comunitária. Lei 9.612/1998. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Sentença condenatória. Recurso de apelação. Improvimento.

I – Contendo a denúncia a descrição dos fatos penalmente típicos e a indicação da conduta do Acusado, de modo a lhe assegurar o pleno exercício do direito de defesa, não é inepta.

II – A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de radiodifusão (espécie), previu essa lei, em seu art. 70, sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas.

III – Constitui crime desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (art. 183 da Lei 9.472/1997).

IV – Coexistem os tipos penais previstos nos arts 70 da Lei 4.117/1962 e 183 da Lei 9.472/1997: aquele tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, desobedecendo exigências legais e regulamentares na execução desses serviços, ou seja, em situação irregular; este, a conduta consistente em desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações, ou seja, sem a necessária concessão, permissão ou autorização legalmente previstas.

V – “A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão” (STJ, 5ª Turma, REsp 756.787/PI, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/02/2006, p. 602).

VI – “É ilegal o funcionamento de rádio comunitária, mesmo de baixa potência, sem autorização legal” (STJ, 2ª Turma, REsp 363.281/RN, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 10/03/2003, p. 152).

VII – A Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1998, logo, “a conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do art. 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei” (STJ, 5ª Turma, REsp 509.501/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02/08/2004).

VIII – Os crimes em referência são de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, sem a observância de requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.), podem causar sérias interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia, ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos

— TVs e rádios — adjacentes à emissora), pelo aparecimento de frequências espúrias.

IX – O princípio da insignificância não é aplicável aos crimes contra os serviços de telecomunicações.

X – Recurso de apelação improvido.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Sr. Desembargador Federal Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 04/12/2006.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
– O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra João Batista Vaz Pereira, pela prática do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997, por isso que desenvolveu, clandestinamente, atividades de telecomunicações, conforme constataram agentes da Polícia Federal de Minas Gerais, em 06/07/2001 (fl.16).

Narra a denúncia os seguintes fatos:

O indiciado desenvolveu clandestinamente atividades de radiodifusão sem a competente concessão de serviços, ao colocar em funcionamento a emissora denominada Rádio Alfa Shalon, vinculada à Associação Comunitária de Assistência Social, Cultural e Educativa – ASCEARA – de Araxá/MG.

A materialidade do delito encontra-se substanciada no parecer técnico expedido pela ANATEL (f. 26), bem como pelo laudo pericial de fls. 79/81 em que se constata a potência do equipamento de transmissão (50 Watts) com capacidade de causar prejuízos a terceiros, fato este que descaracteriza a denominação de rádio comunitária.

A autoria restou comprovada pelo interrogatório de fls. 27/28, quando o indiciado afirmou ser o presidente da retrocitada emissora.

[...], conclui-se que o denunciado, livre e conscientemente, *desenvolveu clandestinamente atividades próprias de telecomunicação*, uma vez que não possuía concessão, permissão ou autorização de serviço e uso de radiofrequência, incorrendo, portanto, na conduta tipificada pelo art. 183 da Lei 9.472/1997. (Cf. fls. 3/4 – grifei.)

A denúncia foi recebida em 11/10/2002 (fl. 111).

Em Alegações Finais (fls. 166/170), com fun-

damento no art. 215 da Lei 9.472/1997, que revogou “expressamente a Lei 4.117/1962, ressalvando, todavia, os preceitos relativos à difusão”, o i. Procurador da República requereu “a aplicação da *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), visando dar nova capitulação ao fato, uma vez que o mencionado dispositivo legal não teve o condão de revogar o art. 70 da Lei 4.117/1962”.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, condenando João Batista Vaz Pereira nas penas do art. 183 da Lei 9.472/1997, de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção e multa no valor correspondente a R\$10.000,00 (dez mil reais), substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e de doação de uma cesta básica mensal, na forma dos arts 43, incisos I e IV, e 44, incisos I, II e III, e § 2º, do Código Penal (cf. fls. 218/229).

Irresignado, recorre o condenado arguindo a inépcia da “denúncia uma vez que afronta o princípio da indivisibilidade” e, também, pedindo a reforma do julgado para o fim de ser absolvido, em face do “*princípio da insignificância*”; ou para “que seja aplicada a Lei 4.117/1962, art. 70, e absolvido [...], porque esta lei previa a transação ou suspensão condicional do processo, o que não lhe foi oferecido, cerceando seu direito subjetivo constitucional”; ou para que fique isento “do pagamento da pena de multa por ser pobre no sentido legal”; ou, “por final, caso persista a injusta condenação, que seja(m) considerado(as) [sic] as atenuantes que faz jus [...] diminuindo o quanto [sic] da pena imposta, observando as circunstâncias judiciais, e atenuantes do art. 65, incisos II, III, alínea *a*, do CP” (fls. 253/263).

Com contra-razões (fls. 273/277), subiram os autos a esta Corte onde receberam parecer ministerial pelo provimento do recurso (fls. 282/286).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Sustenta o Recorrente João Batista Vaz Pereira, em suas razões de apelação: (1) que “não agiu com dolo de prejudicar qualquer transmissão de outras rádios, ou comunicações aeronáuticas”; (2) que “o laudo pericial juntado ao processo demonstrou que não houve qualquer indício de transtornos causados pelo sinal eletromagnético emitido pela rádio, até pela pequena capacidade de emissão, limitada a 50 watts”; (3) que “o Estado [...] deve respeitar, proteger e realizar o direito dos cidadãos de comunicar-se, abstando-se, portanto, de impor lacres ou ameaças”; (4) que “as rádios comunitárias [...] são uma exigência da dignidade humana intrinsecamente ligada à noção de liberdade”; (5) que “a denúncia é inepta”, porque, em nome do “princípio da indivisibilidade da ação penal pública incondicionada”, “deveria ser proposta [também] em desfavor da Associação ASCEARA, entidade responsável pela manutenção da emissora Rádio Alfa Shalon FM”; (6) que se aplica, na hipótese, “o princípio da insignificância”, em nome do qual deve “ser absolvido [...] pela atipicidade de sua conduta, uma vez que não ficou cabalmente e em nenhum momento comprovada a tipicidade material”; (7) que “não tinha [...] o potencial conhecimento da ilicitude dos fatos”; e, (8) no caso de não ser absolvido, que “seja apreciada a *emendatio libelli*, sugerida pela acusação”, para o fim de encaixar a conduta nas disposições do art. 70 da Lei 4.117/1962 (fls. 253/263).

A r. sentença condenatória tem os seguintes fundamentos, que destaco:

1 – Da *Emendatio Libelli*

Razão não assiste ao ilustre Procurador da República, por ocasião de suas alegações finais, no tocante à aplicação da *emendatio libelli*, com fundamento no art. 383 do CPP, visando dar nova capitulação ao fato.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, anteriormente, coadunava com o entendimento ora defendido pelo *Parquet* Federal, no sentido de que a prática de colocar em funcionamento estação

de radiodifusão sem a necessária autorização do Poder Público Federal (Ministério das Comunicações) se enquadrava no tipo penal descrito no art. 70 da Lei 4.117/1962.

Todavia, após analisar o meu posicionamento em confronto com os recentes julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região e pelo Superior Tribunal de Justiça, revejo o meu entendimento, e passo, a partir de então, a enquadrar a tipificação penal da conduta objeto de apuração nos presentes autos em justaposição com a descrição legal contida no art. 183 da Lei 9.472/1997.

É que o art. 183 [...] dispõe, como criminosa, a seguinte conduta:

“[...]”

Mediante estudo mais acurado do tema, verifiquei que não existe qualquer diferença entre desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação, consoante previsão na Lei 9.472/1997, e a conduta de instalar ou utilizar de telecomunicações sem observância do disposto na lei e nos regulamentos, prevista na Lei 4.117/1962.

Na verdade, o serviço de telecomunicação se constitui no gênero, do qual deflui a espécie “serviço de radiodifusão”, serviço este que se encontra inserido nas regras insculpidas na Lei 9.472/1997. A novel legislação, ao entrar em vigor, nada mais fez do que majorar a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos para 2 (dois) a 4 (quatro) anos, sem excluir a ilicitude da conduta, inserindo a espécie radiodifusão no gênero das telecomunicações.

Ao advento da Lei 9.612/1998, o legislador definiu o serviço de radiodifusão comunitária, conforme se extrai:

“[...]”

Assim, fazendo o imprescindível cotejo entre os dispositivos legais concernentes à Lei 9.472/1997 e à Lei 9.612/1998, observo que suas regras são perfeitamente compatíveis entre si, eis que a primeira espécie legislativa estabelece tratamento penal para a matéria, enquanto que a segunda define as sanções de natureza administrativa.

A propósito, esta é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

“[...]”

Dessa forma, rejeito a *emendatio libelli* argüida pelo Ministério Público Federal, mantendo a classificação do delito ora apurado no tipo penal previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997.

2 – Do Mérito da Ação Penal

[...]

A materialidade do delito restou efetiva-

mente comprovada por meio do parecer técnico de fls. 30 e pelo laudo pericial de fls. 83/85.

Do parecer técnico de fls. 30, elaborado por fiscais da ANATEL, extrai-se que a potência do equipamento transmissor utilizado pela Rádio Alfa Shalon FM 88,9 MHz era de 50 Watts, e que “a emissora transmitia sinais radioelétricos de forma aleatória ocasionando interferências em outros sistemas de transmissão de sinais autorizados e outorgados pelo Poder Público Federal e possivelmente em aparelhos de comunicações instalados em aeronaves em sobrevôo pela localidade”.

Por sua vez, a resposta ao quesito 5 do laudo pericial 0867/02-SR/MG esclarece o seguinte:

“5 – Referidos equipamentos podem interferir nas transmissões radiofônicas de outras emissoras? Como e quando?

Sim. De acordo com o referido Parecer Técnico, a emissora pode transmitir sinais radioelétricos de forma aleatória o que poderia ocasionar interferências em outros sistemas de transmissão de sinais autorizados e outorgados pelo Poder Público Federal, o que torna possível a interferência em aparelhos de telecomunicações instalados, inclusive em embarcações e aeronaves em sobrevôo pela localidade” (fl. 84).

A perícia técnica realizada nos autos, em que pese se tratar de exame indireto, apresenta-se idônea no sentido de afirmar a potencialidade lesiva do equipamento, conclusão esta adotada pelos experts por ocasião da fiscalização no local onde funcionava a estação clandestina.

Saliente-se que o laudo foi baseado nas informações prestadas pelos fiscais da Anatel, técnicos especializados na matéria, os quais trouxeram os elementos essenciais para a conclusão do estudo do equipamento de radiodifusão.

Considere-se, ainda, que o exame do corpo de delito indireto é permitido pelo Código de Processo Penal (art. 158), como meio legítimo de prova, e, somado aos demais elementos probatórios produzidos no feito, pode servir de arrimo para a formação da convicção do Juízo.

Lembre-se de que, na busca da verdade real, o Julgador pode formar o seu convencimento baseado no conjunto de provas produzido nos autos, não havendo que se falar em hierarquia das provas, já que no processo penal vigora o sistema da livre convicção racional do juiz ou livre convencimento motivado (art. 157 do CPP).

[...]

Extrai-se dos elementos probatórios que instruem o feito, em especial através das informações prestadas pelos fiscais da Anatel, que o

equipamento utilizado pelo acusado, de forma clandestina, seria capaz de colocar em risco o funcionamento de outros sistemas de transmissão de sinais autorizados e outorgados pelo Poder Público Federal, sendo possível, inclusive, a interferência em aeronaves, o que é suficiente para configurar a materialidade do delito.

A autoria, por sua vez, restou incontestada, porquanto o réu João Batista Vaz Pereira admitiu, na fase policial, que era o presidente da Associação Comunitária de Assistência Social, Cultural e Educativa de Araxá/MG – Asceara, entidade esta responsável pela manutenção e funcionamento da emissora de radiodifusão Rádio Alfa Shalon FM.

Aliás, o próprio acusado admitiu que a aludida emissora teve seus equipamentos lacrados anteriormente pela Anatel, contudo, voltou a funcionar por força de liminar concedida pelo então MM. Juiz Federal de Uberaba. O acusado confessa, ainda, que algum tempo depois, recebeu uma intimação comunicando a decisão da MM. Juíza Federal desta Subseção, que revogou a liminar concedida. Não obstante ter ciência da cassação dos efeitos da referida liminar, o acusado confessa que permaneceu funcionando a emissora, “aguardando alguma atitude da Polícia Federal ou da Anatel” (fls. 31/32).

Cumpram-me ressaltar, inclusive, que os peritos constataram que o equipamento da emissora Rádio Alfa Shalon operava com potência de 50 Watts. Por ocasião da elaboração do laudo pericial, os experts concluíram, ainda, que a sua utilização seria capaz de produzir interferências em outros sistemas de transmissão de sinais autorizados e outorgados pelo Poder Público Federal e, até mesmo, em aeronaves em sobrevôo no local.

A capacidade de produzir interferências foi confessada pelo próprio acusado, no seu depoimento prestado junto à Polícia Federal, a ver:

“o interrogado é presidente da Associação [...] – ASCEARA, associação esta a qual é vinculada a emissora de radiodifusão sonora em FM denominada Alfa Shalon, emissora esta que funcionava sob a frequência 88,9 MHz e que, em virtude de interferências que vinha provocando no canal de TV na Rede Minas (Canal 6) a frequência da rádio foi alterada para 92,1 MHz ...” [...]

É importante lembrar que, em se tratando de rádio emissora vinculada a uma entidade particular, no caso, a ASCEARA, o acusado, na condição de presidente desta associação, também administrava a Rádio Alfa Shalon FM, sendo responsável pelo seu funcionamento clandestino, consoante se depreende dos autos. A autoria do delito emerge, principalmente, através das declarações do pró-

prio acusado, ao assumir que permaneceu funcionando a estação de radiodifusão mesmo depois da revogação da liminar, esperando as providências da Polícia Federal e da ANATEL.

Restam, portanto, incontestas a autoria e a materialidade do delito em apuração.

O crime caracteriza-se como um fato típico, ilícito e culpável, exigindo-se, assim, que a conduta do agente esteja descrita na forma incriminadora e que inexistam uma justificativa ou causa de exclusão da ilicitude, bem como requer a presença dos elementos integrantes da culpabilidade.

A tipicidade da conduta requer a concorrência dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, isto é, além da ação material praticada pelo agente, há de se agregar o elemento psíquico, representado pelo dolo ou pela culpa.

O dolo, que consiste na vontade livre e consciente de praticar conduta tipificada como criminosa, manifestou-se claramente, *in casu*, o que se infere, em especial, pelo fato de que o acusado tinha conhecimento da irregularidade do funcionamento da emissora, uma vez que os seus equipamentos já haviam sido lacrados anteriormente. Ressalte-se, ainda, que o acusado também tomou conhecimento da revogação da liminar que autorizava o funcionamento da rádio, o que não o impediu de continuar emitindo clandestinamente os seus sinais sonoros.

No caso *sub judice*, configurada está a tipicidade material do fato, eis que restou comprovada a efetiva ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal em comento, qual seja, a garantia de que compete, exclusivamente, ao Poder Público Federal, a autorização e fiscalização dos serviços de radiodifusão sonora, com o objetivo de evitar as interferências de sinais radioelétricos em outros sistemas de transmissão e até mesmo nas aeronaves, o que poderia, inclusive, colocar em risco a segurança de vôos e decolagens.

A jurisprudência do egrégio TRF 1ª Região é uníssona no sentido de que mesmo quando se tratar de rádio de baixa potência (inferior a 25 Watts) deverá ela atender aos requisitos legais e estar sujeita ao controle e fiscalização do órgão competente, a ver:

“[...]”

De sua vez, também se faz sentir a culpabilidade, entendida como juízo de censura da conduta tipificada, reclamando que o agente seja imputável, tenha potencial consciência da ilicitude e que, naquelas circunstâncias, lhe seria exigível conduta diversa.

Portanto, comprovadas a materialidade e autoria do delito, bem como os elementos inte-

grantes do crime, a emissão de um decreto condenatório se pronuncia fatal.

[...]

Ante o exposto, à vista da fundamentação expendida, julgo procedente a pretensão punitiva estatal veiculada na denúncia, motivo porque condeno o acusado João Batista Vaz Pereira [...] nas penas do art. 183 da Lei 9.472/1997.

Atenta aos comandos dos arts 59 e 68, ambos do Código Penal, passo à dosimetria da pena do acusado, fazendo-o consoante os fundamentos a seguir expostos.

Culpabilidade, devidamente comprovada, merece reprovação, em grau leve.

Antecedentes penais maculados (fls. 201/203, 208/209, 214 e 216).

Não há registros acerca da conduta social do acusado.

Possui personalidade de homem comum. Na realidade, mediante a reiteração de condutas da mesma espécie (fls. 201/203), o acusado demonstra não se intimidar com a atuação da Justiça, persistindo em sua trilha pela seara do delito.

Os motivos da infração são desfavoráveis, eis que o acusado agiu movido pela nitida intenção de obter lucro com a veiculação de comerciais.

As conseqüências são graves, em virtude da evidente possibilidade de interferência em sistemas de telecomunicações e em aeronaves.

As circunstâncias são irrelevantes, no caso *sub judice*.

Diante de tais circunstâncias, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção, a qual torno definitiva, na ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena a considerar.

Por força das disposições contidas no preceito secundário do art. 183 da Lei 9.472/1997, aplico, cumulativamente, ao condenado a pena de multa no valor correspondente a R\$10.000,00 (dez mil reais) (cf. fls. 227/233 – grifei).

Vejamos.

1. Inépcia da Denúncia

Contrariamente à alegação do apelante, o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública incondicionada, não havendo falar, pois, em inépcia da denúncia por esse fundamento.

Ademais, consoante já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, “não contém o vício da inépcia

cia a denúncia que descreve fatos que, em tese, configuram o delito descrito na regra penal típica, com observância plena do que preceitua o art. 41 do CPP, e oferece condições para o pleno exercício do direito de defesa” (REsp 198.132/SE, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJ 16/10/2000).

2. Telecomunicações e Radiodifusão – Leis 4.117/1962 e 9.472/1997

A Lei 4.117/1962 instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e, além das disposições relacionadas à concessão, permissão e autorização para os serviços de telecomunicação (gênero), neles incluído o de radiodifusão (espécie), previu essa lei, em seu art. 70, sanção penal para a instalação ou utilização de serviços de telecomunicação em desacordo com as disposições legais nela previstas.

Segundo leciona Vicente Greco Filho, ao discorrer sobre o tema “O Código das Telecomunicações e a Segurança Interna”, *verbis*:

Partindo-se da premissa indiscutível de que o sistema global de telecomunicações é essencial à transmissão de informações, comandos ou determinações com eficiência para que um país se afirme como Unidade, e, além disso, no que se refere à Radiodifusão é o meio quicá mais importante de comunicação de massa, reservou-se a União, nos termos do texto Constitucional, a execução de todos os serviços de telecomunicações, para exploração direta ou mediante concessão ou autorização. (*in Justitia*, vol. 87, p. 196).

Por outro lado, é certo que a previsão do direito à livre manifestação não prescinde de autorização do Poder Público para o seu exercício no tocante às estações de emissoras radiofônicas.

Nesse diapasão, cabe consignar que também é certo que, se por um lado, a Constituição Federal consagra a liberdade de expressão e pensamento, por outro, confere à União o poder para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão (art. 21, XII, *a*, e art. 223).

Aliás, o eminente Ministro Vicente Leal, ao proferir voto no RHC 4.764/PR, de que foi o relator, nessa linha de orientação assim se pronunciou sobre o tema:

Na verdade, a Carta de 1988 manteve o mo-

nopólio estatal dos serviços de telecomunicações (art. 21, I, XI) e conferiu ao Poder Executivo competência para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Permaneceu, assim, no campo das telecomunicações, a mesma política estatal anterior, vigente ao tempo da edição da Lei 4.117/1962. (STJ, 6ª Turma, DJ 11/03/1995.)

Conclui-se, dessa forma, que a Lei 4.117/1962 foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Posteriormente, nos termos da Emenda Constitucional 8/1995, foi editada a Lei 9.472/1997, dispondo sobre a organização dos serviços de telecomunicação, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, prevendo, ainda, em seu art. 183, sanção penal para o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação.

Aparentemente, essas duas leis dispõem, de forma semelhante, sobre as condutas penalmente sancionadas, o que poderia levar à conclusão de que a lei mais nova teria revogado a anterior, no que se refere ao tipo penal e à pena cominada.

Ocorre que a Lei 4.117/1962, em seu art. 70, estabelece, *verbis*:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste art., será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

E a Lei 9.472/1997, por sua vez, estabelece, *verbis*:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena – detenção de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. (*omissis*).

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

À vista dos termos das normas em referência

verifica-se que são diversas as condutas descritas, *coexistindo os dois tipos penais*, na medida em que o art. 70 da Lei 4.117/1962 tipifica e sanciona a conduta consistente em instalar ou utilizar telecomunicações, *desobedecendo exigências legais e regulamentares* na execução desses serviços, *ou seja, em situação irregular*, enquanto o art. 183 da Lei 9.472/1997 tipifica e sanciona a conduta consistente em desenvolver *clandestinamente* atividade de telecomunicação, *sem a necessária concessão, permissão ou autorização*, ou seja, essa conduta expõe a sociedade a maior perigo, porque o agente sequer dispõe da outorga do poder público, razão pela qual a pena cominada é significativamente maior do que a cominada ao crime capitulado no já referido art. 70 da Lei 4.117/1962.

Pois bem, os serviços de telecomunicação, de que a radiodifusão é espécie, estão assim definidos pela Lei 9.472/1997:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis..

E, mais adiante, a Lei em referência, expressamente, preceitua:

Art. 215. Ficam revogados:

I – a Lei 4.117, de 27/08/1962, *salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;*

(*omissis*). [Grifei.]

Por sua vez, a Lei 4.117/1962, quanto aos fins a que se destinam, classifica as telecomunicações em vários serviços, dentre os quais o de radiodifusão (art. 6º, alínea *d*), *verbis*: “serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.”

De concluir, pois, que a Lei 9.472/1997 não revogou a totalidade das disposições da Lei 4.117/1962,

restando inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão (art. 215, inciso I, da Lei 9.472/1997).

A propósito, nesse sentido tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. REsp. Rádio comunitária. Ausência de autorização. Lei 4.117/1962. Revogação parcial pela Lei 9.472/1997. Radiodifusão e matéria penal. Inalterabilidade. Recurso provido.

I – A Lei 9.472/1997 não teve efeito ab-rogatório sobre a Lei 4.117/1962, mas apenas de revogação parcial, de modo que permanecem inalteráveis os preceitos relativos aos delitos de radiodifusão, de acordo com o constante no art. 215, I, da Lei 9.472/1997.

II – Vigente o disposto no art. 70 da Lei 4.117/1962, cuja pena máxima prevista no tipo não ultrapassa o limite do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001, firma-se a competência do Juizado Especial Federal para o julgamento do feito.

III – Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 756.787/PI, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/02/2006, p. 602 – grifei.)

RHC. Inquérito policial. Trancamento. Radiodifusão. Falta de autorização. Exame de prova. Impossibilidade. Leis 9.472/1997 e 4.117/1962.

1. (*omissis*).

2. A Lei 9.472/1997 não revoga, na totalidade, as disposições constantes da Lei 4.117/1962, restando mantidos os preceitos relativos à radiodifusão e aos crimes pertinentes (art. 215, I), sendo inviável o trancamento do inquérito policial, pois, em tese, há crime a ser apurado.

3. RHC improvido. (RHC 9.060/PR, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 29/11/1999 – grifei.)

Penal. Inquérito policial. Trancamento. Rádio comunitária. Baixa frequência. Falta de autorização para o funcionamento. Habeas corpus. Recurso.

1. Os serviços de radiodifusão constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não poderia a Rádio, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, funcionar sem a devida autorização do poder público.

2. A Lei 9.472/1997 não revogou a totalidade das disposições constantes na Lei 4.117/1962. Mantidos os preceitos relativos à radiodifusão e aos crimes pertinentes, não se apresenta viável o trancamento do inquérito policial.

3. Recurso a que se nega provimento. (RHC 8.579/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 27/09/1999 – grifei.)

De concluir, pois, que a *atividade clandestina* de desenvolver serviço de telecomunicação, na modalidade radiodifusão, mediante a operação de rádio emissora FM, sem a competente concessão ou permissão, é conduta ilícita tipificada e sancionada no art. 183 da Lei 9.472/1997.

3. Radiodifusão Comunitária – Lei 9.612/1998

A Lei 9.612/1998 instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, para cuja exploração *continua sendo necessária a outorga e renovação das autorizações, pelo Poder Executivo, sendo ilegal seu funcionamento sem a observância dos procedimentos legais em questão.*

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Rádio comunitária. Autorização ministerial para funcionamento. Necessidade.

1. Os serviços de radiodifusão sonora devem ser explorados diretamente pela União ou mediante permissão, concessão ou autorização, independentemente de tratar-se de rádio de baixa frequência e sem fins lucrativos.

2. Recurso especial provido. (REsp 384.300/PR, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29/03/2006, p. 132 – grifei.)

Processual Penal. Recurso especial. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. Rádio comunitária. Necessidade de autorização para funcionamento. [...].

I – (omissis).

II – Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são, por definição, serviços a serem explorados diretamente pela União, ou mediante permissão, concessão ou autorização, *razão pela qual rádio comunitária em questão, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, não pode funcionar sem a devida autorização do Poder Público.* Precedentes.

Recurso conhecido e provido. (REsp 251.848/MG, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, DJ 04/02/2002 – grifei.)

Administrativo. Rádio comunitária. Funcionamento. Art. 223 da CF/1988, Lei 9.612/1998 e

Decreto 2.615, de 03/06/1998.

1. Por disposição constitucional, os serviços de radiodifusão sofrem o crivo estatal, desde a autorização até a regularidade do funcionamento, pela fiscalização da ANATEL.

2. Atividade disciplinada com claras disposições em normas infraconstitucionais que observam a finalidade e potencial de cada emissora.

3. *É ilegal o funcionamento de rádio comunitária, mesmo de baixa potência, sem autorização legal.*

3. Recurso especial provido. (REsp 363.281/RN, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 10/03/2003, p. 152 – grifei.)

4. Lei 9.472/1997 X – Lei 9.612/1998

Por outro lado, *não há que se falar em descriminalização da conduta capitulada no art. 183 da Lei 9.472/1997, por conta das disposições insertas na referida Lei 9.612/1998, posto que esta última, além de estabelecer as especificações técnicas para esse serviço de radiodifusão e todos os procedimentos para a autorização de funcionamento das rádios comunitárias, define tão-somente punições de natureza administrativa, elencadas no seu art. 21.*

É nesse sentido, aliás, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, que destaco:

Criminal. Resp. Rádio comunitária. Ausência de autorização. descriminalização da conduta pela revogação da Lei 9.472/1997. Inocorrência. Recurso provido.

I – *Como a Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1997, a conduta de operar, sem licença do órgão competente, serviço de radiodifusão comunitária, continua enquadrada nas sanções do art. 183 desta última norma, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei.*

II – *As Lei 9.612/1998 e 9.472/1997 são perfeitamente compatíveis entre si, na medida em que cominam sanções de naturezas diversas.*

III – Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (5ª Turma, REsp 509.501/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02/08/2004 – grifei.)

Penal. Trancamento da ação penal. Rádio comunitária. Baixa frequência. Falta de autorização para o funcionamento. Revogação da Lei 9.472/1997. Violação ao pacto de São José da Costa Rica. Não ocorrência.

1. Os serviços de radiodifusão constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não poderia a Rádio, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, funcionar sem a devida autorização do poder público.

2. São perfeitamente compatíveis as Leis 9.612/1998 e 9.472/1997. Enquanto a primeira define punições de natureza administrativa, a segunda prevê sanções penais.

3. *Habeas corpus* conhecido, pedido indeferido. (5ª Turma, HC 14.356/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJ19/03/2001 – grifei.)

Destaco do voto do eminente Ministro Edson Vidigal (relator), que foi acompanhado à unanimidade, pelos seus ilustres Pares da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 14.356/SP (ementa acima transcrita), *verbis*:

[...] os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão. Assim, não poderia a Rádio funcionar sem a devida autorização do poder público, ainda que, conforme alegado, de baixa frequência e sem fins lucrativos.

E a Lei 9.612/1998 é clara ao exigir em seu art. 2º a obtenção de autorização do Poder Executivo para que uma rádio comunitária possa operar. Observe-se:

“Art. 2º O serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei 4.117, de 27/08/1962, modificada pelo Decreto-Lei 236, de 28/02/1967 e demais disposições legais.

[...]

Parágrafo único. O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto na Constituição Federal.”

Portanto, não obstante o fato de ter instituído o serviço de radiodifusão comunitária, a Lei 9.612/1998 em nada alterou a ordem jurídica vigente (Leis 4.117/1962 e 9.472/1997), posto ter determinado o devido acatamento às disposições legais pertinentes.

Logo, não há falar-se em revogação da Lei 9.472/1997, que assim prevê:

“Art. 183. (*omissis*)”

[...] (Grifei.)

E o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou sobre a matéria, *verbis*:

Recurso ordinário em “Habeas corpus”. Radiodifusão comunitária.

Imputação do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997. Inexistência de revogação desse dispositivo pela Lei 9.612/1998 e de violação do Pacto de São José da Costa Rica.

[...]. (1ª Turma, RHC 81.473/SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ08/03/2002 – grifei.)

A propósito, também destaco do voto do eminente Ministro Moreira Alves o seguinte pronunciamento:

[...] o art. 183 da Lei 9.472/1997 não foi revogado pela Lei 9.612/1998, primeiro, porque o art. 2º desta última determinou que o Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição, aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei 4.117, de 27/08/1962, e demais disposições legais, e a Lei 9.472/1997, que derogou a Lei 4.117/1962, se inclui na parte final dessa determinação; segundo, porque, como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, essas leis “convivem no sistema jurídico nacional de forma absolutamente harmônica, posto tratem de assuntos diversos, sendo a primeira voltada para fins de sanções penais (art. 183), ao passo que a segunda (Lei 9.612/1998) estabelece condutas de ordem meramente administrativas (dentre elas, aliás, a necessidade de autorização do poder público para o funcionamento de rádios comunitárias)”.

5. Princípio da Insignificância

É certo que a tendência generalizada da política criminal moderna é reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal. O fato penalmente insignificante deve ser excluído da tipicidade penal e receber tratamento adequado, se necessário, como ilícito civil, administrativo, fiscal etc. O Estado só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.

A propósito, destaco do voto do eminente Ministro Hélio Quaglia Barbosa (relator), que foi acompanhado, à unanimidade, pelos seus ilustres Pares da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 50.863/PE, *verbis*:

[...]

O princípio da insignificância, como deriva-

ção necessária do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, busca afastar da respectiva seara as condutas que, embora típicas, não produzam efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Claus Roxin, a quem se atribui a formulação do princípio, afirma que sua aplicação permite excluir, logo de plano, “lesões de bagatela da maioria dos tipos” e que, juntamente com o princípio da adequação social (que para Hans Welzel traduz-se em condutas que, se não necessariamente exemplares, se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social), atuam no sentido de se proceder a uma correta e restritiva interpretação dos tipos penais, realizando “a natureza fragmentária do direito penal” e mantendo íntegro “o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico” (Claus Roxin *in Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47).

Esta é a lição da doutrina de Rogério Greco:

“[...] o princípio da insignificância, introduzido por Claus Roxin, tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas infrações consideradas como de bagatela” (*in Direito Penal – lições*, Ed. *Impetus*, 2000, p. 68).

De seu turno, a sempre firme orientação de Francisco de Assis Toledo:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas” (*in Princípios básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1994, p. 133).

E os ensinamentos de Carlos Vico Mañas:

“Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica social. Todavia, não dispõe de meios para evitar também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações desta espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentada do Direito Penal” (*in O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1994, p. 56).

O em. Ministro Celso de Mello, em recente decisão (Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 351), delimitou os requisitos

necessários à aplicação do princípio da insignificância, cujas lições peço vênia para reproduzir:

“O princípio da insignificância — que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada — apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.” (HC 84.412, STF, rel. Min. Celso de Mello, decisão publicada no *DJLI* de 02/08/2004.) [...]. (*DJ* 26/06/2006.)

Ocorre que, na espécie, cuidam os arts 70 da Lei 4.117/1962 e 183 da Lei 9.472/1997 de *crimes de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado, no caso, é a segurança dos meios de comunicação, por isso que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais, ou de forma clandestina, podem causar sérios distúrbios por interferência em serviços regulares de rádio, TV, e até em navegação aérea ou marítima.*

Assim, basta para a sua consumação que alguém desenvolva atividades de telecomunicações de forma irregular, ou clandestinamente, ainda que não se concretize, ou não se apure prejuízo concreto para as telecomunicações, para terceiros ou para a segurança em geral. É que o fim visado pela lei consiste em evitar o perigo de serem utilizadas as instalações irregulares ou clandestinas contra interesses nacionais, além dos inconvenientes decorrentes do uso de frequências, sistemas ou processos não autorizados.

Por outro lado, igualmente não se pode aplicar o princípio da insignificância, em crimes tais, ao argumento de que equipamentos de baixa potência, instalados de forma irregular, ou clandestina, não são capazes de provocar danos.

É que, conforme destacou o Dr. Valtan Furtado, Procurador da República em Brasília/DF, no art. “*O crime de rádio clandestina ou ‘pirata’ e sua classificação legal*”:

[...]

Por não operarem de acordo com as normas e não estarem sujeitas ao prévio controle dos requisitos de segurança e técnicos, as rádios clandestinas representam riscos de dois tipos: a) risco à saúde e à segurança das pessoas que trabalham ou moram na estação ou nas proximidades; e b) risco de interferência em outras estações e serviços de telecomunicação.

A faixa de frequência oficialmente destinada à radiodifusão comunitária está definida em plano básico formulado pela ANATEL. Normalmente, trata-se da faixa de 87,8 a 88 MHz (canal 200), podendo, em caso de impossibilidade técnica, ser utilizada uma frequência alternativa, dentro da canalização destinada à radiodifusão sonora em FM. Contudo, tais limites não são obedecidos pelas rádios clandestinas, que acabam interferindo em faixas destinadas a outros usuários.

Ademais, a potência de uma rádio comunitária não pode exceder 25 Watts e o sistema irradiante, trinta metros (art. 1º, § 1º, da Lei 9.612/1998). Mas a simples satisfação de tais requisitos não garante que não haverá radiointerferência. Há vários outros, sendo necessário seguir um projeto técnico assinado por profissional habilitado, a fim de que não se comprometa a segurança das pessoas próximas à estação e de que não se corra o risco de problemas com harmônicos, espúrios e intermodulação.

O harmônico é o múltiplo da frequência principal, e o espúrio é um “resto” de frequência que afeta canais inferiores (TV) e superiores (FM). Normalmente, são provocados por irregularidades no equipamento (modulação, filtro, linearidade etc.). Irregularidades no equipamento ou no sistema radiante são as causas freqüentes da intermodulação, que é a junção de mais de uma frequência, produzindo uma terceira, que pode afetar outro usuário do espectro de radiofrequências.

A respeito da interferência em outros equipamentos e de aspectos de segurança, o *expert Francisco Artur Cabral Gonçalves Perito criminal federal, graduado em Engenharia eletrônica, Engenharia Cartográfica e Engenharia de Segurança do Trabalho, em art. publicado na revista “Perícia Federal”*, explica que:

“– equipamentos de emissoras desprovidas dos requisitos técnicos (casamento de impedância entre transmissor e sistema irradiante etc.) podem

causar interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações regularmente instalados (polícia, ambulâncias, bombeiros, aeroportos, embarcações, bem como receptores domésticos — TVs e rádios — adjacentes à emissora, pelo aparecimento de frequências espúrias;

– normalmente, transmissores de construção caseira não apresentam condições de serem certificados pelo órgão competente, por desatenderem aos requisitos normativos; sua produção artesanal, com técnica rudimentar, pode levar à emissão de frequências harmônicas espúrias múltiplas, recaindo sobre faixas do espectro ocupadas por outros serviços;

– equipamentos de emissoras desprovidas dos requisitos de segurança (blindagem, aterramento etc.) expõem a risco de vida seus operadores, clientes e vizinhos contíguos, pelo risco de eletrochoques, bem como de descargas atmosféricas nas proximidades do local.

De acordo com Relatório da ANATEL,

“A instalação de um sistema radiante de forma inadequada pode expor trabalhadores e população em geral à emissão radioelétrica, denominada Radiação não Ionizante – RNI, que pode causar riscos à saúde humana, de acordo com o prescrito no Regulamento sobre Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequências entre 9 KHz a 300 GHz (...)” (*Relatório técnico sobre radiointerferência prejudicial provocada por emissões em frequência modulada* — FM 001/2003, item 7).

Por isso, é importante que a instalação de uma estação de rádio seja precedida de um projeto bem elaborado, que obedeça a todos os critérios técnicos, de modo a não colocar em risco as pessoas que nela trabalharão ou que dela estiverem próximas, nem prejudicar outros usuários do espectro.

Vários casos de interferência já foram comprovados, alguns trazendo riscos à vida humana. Por exemplo, em 30/09/1997, a Diretoria Elétrica de Proteção ao Voo do Ministério da Aeronáutica reclamou que várias emissoras de FM estavam interferindo nas frequências de 118.250 MHz a 123.700 MHz, causando problemas nas operações de pista com as aeronaves do Aeroporto de Cumbica (*Relatório ANATEL 001/2003*, já citado, item 8).

No livro *Aspectos cíveis e criminais na radiodifusão e telecomunicações*, Agapito Machado relata caso em que, por comprovada interferência de rádios “piratas”, o aeroporto de Fortaleza ficou sem comunicação com várias aeronaves que pretendiam pousar, o que adicionou risco à vida de

um total aproximado de 1.200 pessoas (Agapito Machado e Agapito Machado Júnior, Ed. Universidade de Fortaleza, 2004, p. 79/81).

[...]

Como visto [...], muitos são os detalhes técnicos — além da simples potência do transmissor — a serem considerados, motivo pelo qual alegar que não há lesividade porque o transmissor tem até 25 Watts de potência, como em muitos julgados ocorre, não corresponde necessariamente à verdade. Um simples fato científico já derruba esse argumento:

“... a área de cobertura de um sistema de telecomunicações deve ser avaliada não só pela potência do transmissor em utilização, mas também pelo conjunto transmissor e sistema irradiante. Assim sendo, no local onde está instalado o sistema irradiante da emissora ilegal, a potência irradiada pode, no mínimo, ser o dobro da potência nominal do transmissor” (Francisco Artur Cabral Gonçalves).[...]. (in *Boletim dos Procuradores da República* 67, 05/2005, p. 3/8 — grifei.)

A propósito, assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça: “Como a Lei 9.612/1998 não derogou a Lei 9.472/1997, a conduta de operar, *sem licença do órgão competente*, serviço de radiodifusão comunitária, *continua enquadrada nas sanções do art. 183 desta última norma*, não havendo se falar em descriminalização da conduta pelo advento da nova lei” (REsp 509.501/RS, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 02/08/2004); “A transmissão de rádio sem a obrigatoria permissão do Poder Público, ainda que de baixa frequência e sem fins lucrativos, configura, em tese, figura típica” (REsp 636.056/CE, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 19/06/2006).

Assim sendo, o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de radiodifusão irregular, ou clandestina.

6. Hipótese dos autos

A materialidade e a autoria estão fartamente comprovadas, conforme destacou o MM. Juiz *a quo* na r. sentença ora recorrida.

Verifico, além das provas apontadas pelo MM. Juiz monocrático, que a documentação de fls. 90/105 comprova que o Réu João Batista Vaz Pereira é, efetivamente, o Presidente da Associação Comunitária de Assistência Social, Cultural e Educativa de Araxá — ASCEARA, entidade à qual a Rádio Alfa Shalon FM

está vinculada, conforme disposto no parágrafo único do art. 2º do Estatuto da referida Associação (cf. fl. 93).

Destaco, também, o teor do interrogatório do Réu em juízo, efetuado em 07/02/2003, *verbis*:

[...] que ainda é presidente da ASCEARA; que no ano de 1999 requereu junto a ANATEL autorização para o funcionamento de uma Rádio Comunitária (Rádio Alfa Shalon); que posteriormente conseguiram uma liminar para o funcionamento da emissora, uma vez que até a presente data a ANATEL ainda não se manifestou; que atendeu a todos os procedimentos legais; que o transmissor adquirido tem capacidade de 25 a 50 Watts; que quando adquiriu o transmissor na cidade de São Paulo, entendeu que o mesmo estaria devidamente regulado para o funcionamento legal da Rádio Comunitária; que o transmissor já foi levado uma vez para a empresa que o forneceu, para manutenção; que não teve a intenção de infringir a lei; que confirma em parte o depoimento prestado perante a autoridade policial fls. 5/6, querendo esclarecer que não disse que a Rádio faz cobrança por comerciais veiculados; que na verdade o que ocorre é de empresas fazerem doações de cestas básicas, botijões de gás, medicamentos para serem repassados à comunidade; que a Rádio divulga o trabalho de outras Associações como FADA, e também da Prefeitura Municipal, Comissariado de Menores e ACIA; que trabalha como vendedor de produtos de Look, auferindo de 3 a 4 salários mínimos mensais; que é casado, tem 2 filhos; que paga aluguel no valor de R\$160,00; que cursou até a 6ª série; que nunca foi processado criminalmente (...). (CF. fl. 130 — grifei.)

Pois bem, não consta nos presentes autos qualquer documento comprovando a assertiva do Denunciado, no sentido de que requereu à ANATEL autorização para o funcionamento da rádio em questão.

Observo, ainda, que às fls. 8/13 foi juntada cópia de sentença proferida nos autos do Processo 1999.38.02.001445-1, que, de fato, demonstra a concessão da liminar noticiada no interrogatório supra transcrito, que, todavia, por ocasião do sentenciamento do feito, foi revogada, o que, aliás, foi destacado pelo MM. Juiz *a quo*.

Portanto, à vista do acima exposto, resultam configuradas e devidamente comprovadas, nos presentes autos, a materialidade e a autoria da conduta descrita no art. 183 da Lei 9.472/1997, consistente no desenvolvimento clandestino de atividades de teleco-

municiação (serviço de Radiodifusão).

Quanto ao pedido formulado no sentido de que sejam consideradas “*as atenuantes a que faz jus [...] diminuindo o quanto da pena imposta*”, não merece prosperar o apelo, por isso que, na hipótese, não demonstrou o Réu “*desconhecimento da lei*” (art. 65, inciso II, do Código Penal), ao contrário, mesmo conhecendo-a, optou por continuar na prática clandestina do serviço de radiodifusão, e, quanto à alegação de cometimento “*por motivo de relevante valor social ou moral*” (art. 65, inciso III, alínea *a*, do Código Penal), não tem qualquer consistência, tratando-se de mera alegação.

No tocante à dosimetria da pena, aplicou o MM. Juiz *a quo*, corretamente, à espécie, o disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, calculando a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção, de acordo com as circunstâncias judiciais identificadas nos presentes autos que se apresentaram desfavoráveis ao Réu, relacionadas aos antecedentes (cf. fls. 132, 164, 171/172, 201/203, 208/209, 214 e 216), aos motivos e às conseqüências do crime, tornando-a definitiva, por inexistirem “*circunstâncias atenuantes e agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena a considerar*”.

Por derradeiro, cabe consignar que também não merece prosperar o apelo para que seja isento o Recorrente da pena de multa aplicada, por isso que inexistente amparo legal para tal pretensão. Sobre o tema, destaque, entre outros, os seguintes julgados do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Penal. Roubo. Violação ao Art. 61, I, do Código Penal. Falta de interesse recursal. Isenção da pena de multa. Impossibilidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

[...]

3. A precária situação financeira do condenado não autoriza a isenção da pena de multa, haja vista que o ordenamento jurídico-penal hoje em vigor prevê a multa como uma das espécies de sanção e, no caso, o réu fora condenado pela prática do delito de roubo (art. 157 do Código Penal), cujo preceito secundário, de conteúdo cogente, prevê a aplicação de pena privativa de liberdade cumulada com a pena de multa.

[...]

(REsp 722561/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, DJ 24/04/2006.)

Criminal. Recurso especial. Roubo qualificado. Momento da consumação. Simples posse. Atenuante da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula 231. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e provido.

[...]

III. A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

IV. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída [...] (REsp 828333/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, unânime, DJ 30/10/2006.)

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, do CP. Pena de multa. Situação econômica do réu. Isenção. Impossibilidade.

Inexiste previsão legal para a isenção da pena de multa, em razão da situação econômica do réu, devendo esta servir, tão somente, de parâmetro para a fixação de seu valor.

Recurso provido. (REsp 761268/RS, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, unânime, DJ 02/10/2006.)

Penal. Processo Penal. Recurso especial. Reexame fático-Probatório. Súmula 7/STJ. Inquiridos e processos em curso. Maus antecedentes. Pena aquém do mínimo. Súmula 231/STJ. Impossibilidade de isenção do pagamento da pena de multa pelo condenado. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido.

[...]

4. Impossibilidade de isenção do pagamento da pena de multa pelo condenado, pois a condição econômico-financeira é de ser levada principalmente (e não unicamente) em conta, devendo a dosimetria da pena pecuniária atender também a outras circunstâncias, em paralelismo com a pena privativa de liberdade. [...] (REsp 667441/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, unânime, DJ 24/10/2005.)

Diante desse contexto, não tendo o apelante logrado desconstituir os fundamentos da condenação, não merece censura a r. sentença recorrida.

Isso posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

1997.34.00.000644-7/DF

Relator conv.: O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes

Apelante: Augusto Barreira Pereira

Advogado: Dr. Menotti Amorim

Apelada: União Federal

Procurador: Dr. Manoel Lopes de Sousa

Publicação: DJ 2 de 07/12/2006

Ementa

Constitucional. Administrativo. Civil. Processual Civil. Ação ordinária de anulação de atos administrativos. Autonomia das instâncias administrativa, civil e penal. Cerceamento de defesa no âmbito administrativo. Inocorrência. Inexistência de delito, exame no. Processo criminal. Novação das dívidas e o Enunciado 128 do TCU. Ônus da prova. Dívidas executadas e inexistência de provas e da inobservância de normas internas.

I – O apelante pretende anular uma série de decisões do Tribunal de Contas proferidas nas TC 001.517/90-2; TC 001.520/90-3; TC 001.524/90-9; TC 001.531/90-1; TC 001.532/90-1; TC 001.534/90-4; TC 001.545/90-6; TC 001.549/90-1; TC 001.550/90-0; TC 001.554/90-5; TC 001.557/90-4; TC 001.580/96-6, que, lhe atribuíram responsabilidade solidária com os tomadores de empréstimo perante o Banco da Amazônia – BASA.

II – É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal. Ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou da comprovação de que não foi o réu o autor do fato, não interfere na esfera administrativa a absolvição penal. O Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de suspensão do processo, sob a ótica em exame, entretanto, a interpretação de tais regras estão pontificadas pela sua provisoriedade. Trata-se, no primeiro caso, de prejudicialidade externa, podendo o juiz determinar o sobrestamento do feito civil, até que seja julgada a questão prejudicial no processo penal. A suspensão do processo civil não é obrigatória, mas constitui mera faculdade atribuída ao juiz (BARBI, Coment, n. 625, p. 358), confronte-se o art. 110 do CPC, que exara: art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal. Parágrafo único. Se a ação penal não for exercida dentro de 30 (trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial. E, o art. 265. Suspende-se o processo: I – *omissis* IV – quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; § 5º Nos casos enumerados nas letras *a, b e c* do n. IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo. Portanto, refuto a alegação veiculada pelo apelante.

III – No que concerne à alegação de cerceamento de defesa, não foi provado pelo apelante qualquer deslize por parte do Tribunal de Contas na condução do processo administrativo. Além do mais, os documentos carreados aos autos pelo apelante e pelo apelado nos dão conta do respeito aos ditames constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Constituindo-se, em apresentação de recurso da decisão em tomadas de contas especial, bem como de pedido de reconsideração arrolados às fls.11/12. Cabia ao apelante, posto que não o fez, colacionar a cópia integral dos processos de tomadas de contas especiais, para que pudesse se aquilatar quanto à qualquer desobediência às regras do Direito Administrativo e Constitucional. Era seu o ônus da prova, do qual não se

desincumbiu. Cumpre nesse passo ressaltar que, também em juízo, convocado a especificar provas o apelante ficou inerte. Esta é a regra do Código de Processo Civil, leia-se: art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

IV – Como já assinalado, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal. Ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou da comprovação de que não foi o réu o autor do fato, não interfere na esfera administrativa a absolvição penal. Portanto, tal disciplina será examinada nos autos da ação penal. Improcedente, portanto, a alegação.

V – Mais uma vez me socorro das regras do Código de Processo Civil, quanto ao ônus probatório que não se desincumbiu adequadamente o apelante. Além do que, se existe solidariedade, cada um pode ser obrigado a pagar a dívida toda (CC 264). A solidariedade, conforme o art. 265 do Código Civil não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes. A Lei 8.443/1992, no seu art. 8º, estabelece a regra da solidariedade, confira-se: art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, *ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.* § 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão. § 2º A tomada de contas especial prevista no *caput* deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu regimento interno. § 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto. Com efeito, não se consideram como aptas as alegações do apelante.

VI – Como examinado, no item anterior, a regra da solidariedade é estabelecida em lei (8.443/1992), esta dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências, portanto, correta a decisão do condutor monocrático no julgamento da improcedência dos pedidos formulados. Impende ressaltar que caberia ao apelante conduzir aos autos todas as peças do processo administrativo para análise deste Tribunal e do juízo *a quo*, o que mais uma vez não se desincumbiu a contento. Tendo em vista que no âmbito do processo administrativo não se divisou qualquer falha no aspecto da obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cabia ao apelante, em juízo, apresentar as provas cabais, substanciais, com documentos idôneos que comprovassem as suas alegações. Instado a requerer a produção de provas manteve-se em silêncio. Conforme documentos colacionados pelo apelante aos autos (fls.287/290 e 291/295) [Tomadas de Contas Especial], anotam: “II – Faltas cometidas – Atos de desidiosa administrativa, culminando com improbidade, por diretor e funcionário do banco, que facilitaram operações de crédito a vários clientes, *sem observância das normas internas da Instituição e da boa técnica bancária*, exigindo, para tanto, pagamento de comissões prévias sobre os créditos deferidos. Tal procedimento vem gerando ao Banco um prejuízo potencial decorrente das operações irregulares concedidas, já lançadas em prejuízos, cujos valores compõem o mapa financeiro constante da pasta 1 desta tomada de contas, atualizados até 30/11/1989.” “O processo em análise diz respeito a prejuízos causados ao BASA, *decorrentes de créditos irregularmente deferidos para capital de giro e títulos descontados à empresa IPC, sem o preenchimento das condicionantes regulamentares e em condições e taxas prejudiciais àquela instituição financeira.*”

VII – Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz-Relator.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 22/11/2006.

Juiz Federal *Ávio Mozar José Ferraz de Novaes*, Relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes: — Adoto o relatório da sentença, nos seguintes termos:

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, proposta por Augusto Barreira Pereira, devidamente qualificado, contra a União Federal.

Alega o autor, para tanto, que o Tribunal de Contas da União – TCU, tendo em conta a sua responsabilidade pelos empréstimos concedidos pelo Banco da Amazônia S/A, no período de outubro de 1986 e abril de 1987, quando então era o seu Diretor de Crédito Geral, e não adimplidos pelas empresas favorecidas, proferiu várias decisões em seu desfavor, de forma ilegal, pois não observou, durante o trâmite dos processos em que foi parte, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque alega que no período de 18/02/1988 a 06/04 do mesmo ano, esteve preso, embora internado em Hospital, em Belém, e de 30/03/1988 a 25/06/1988, nas dependências carcerárias da Polícia Federal, no Rio de Janeiro; donde conclui ter-lhe sido obstado o acompanhamento dos processos perante o TCU e o BASA e, por conseguinte, o exercício do direito de defesa em toda a sua plenitude.

Ressalta, ainda, que também houve violação ao seu direito de defesa quando da colheita das provas indiretas, pois não foi intimado do depoimento das testemunhas.

Por outro lado, assevera que o fundamento para a aplicação das decisões em comento, qual seja, a irregularidade na concessão dos empréstimos às empresas Cantagalo Táxi Aéreo Ltda., Itaituba Manutenção e recuperação de Aeronaves Ltda., Laboratório de Artes Fotográficas Color Ltda., Pepita Purificação Ltda., S. M. Comércio de Metais Preciosos Ltda. E ECRA – Construtora Regional Ltda., mostra-se equivocado.

Saliena que todos os empréstimos a essas empresas foram precedidos de parecer da Diretoria do Banco da Amazônia S/A e de parecer

conclusivo da agência de origem do pedido de empréstimo, os quais, *in casu*, foram todos de acordo com os empréstimos guarecidos.

Destarte, sustenta que as dívidas que serviram de base para as decisões vergastadas foram em parte novadas e em parte quitadas pelas mesmas empresas devedoras, de modo que não há mais razão para a sua subsistência. Pois, assim não sendo, como o art. 71, § 3º, da Constituição Federal empresta às decisões do TCU eficácia de título executivo, poderá o Banco da Amazônia receber duas vezes a dívida pleiteada por meio de cobrança judicial, eis que além de perceber estes mesmos valores das empresas devedoras também os receberá de sua pessoa.

Não obstante isso, argumenta que é réu em processo penal, sob os mesmos fatos que embasaram a decisão do TCU, razão por que deveria o TCU aguardar o pronunciamento do juízo penal. Isso porque defende a tese de que a decisão em sede administrativa não pode se antecipar àquela da órbita penal, quando versem sobre idênticos fatos, pois a decisão que vier a ser prolatada nessa última poderá vir a modificar aquela.

Assim, requereu, a título de antecipação de tutela, a suspensão dos efeitos das decisões acima citadas e, no mérito, que essas fossem anuladas.

Outrossim, requereu deferimento de prazo de 60 dias para colheita de certidões, “perante a Justiça do Estado do Pará, quanto aos casos ainda não comprovados de ações de execução movidas pelo BASA, contra os devedores principais, novações e/ou quitações das mesmas obrigações que o Tribunal de Contas pretende que o autor seja obrigado a pagá-las.” (Fl. 11.)

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido à fl. 247.

Devidamente citada, contestou a União Federal pugnano, em síntese, pela total improcedência do pedido do autor.

O Juízo *a quo* proferiu a decisão nos seguintes termos: “*Ex positis*, com supedâneo nas razões de fato e de direito suso colacionadas, julgo improcedente o pedido contido na exordial, pelo que o condeno o

autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios em favor da União Federal, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa”.

Às fls. 377/411, Augusto Barreira Pereira apelou sob argumento de que a sentença ignorou o cerceamento de defesa na colheita de provas; de que houve novação ou execução de créditos; de que inexistem provas de que o apelante tenha cometido ilícito.

Contra-razões da União às fls. 424/426.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes: — O comando monocrático analisou com profundidade todos os pontos levantados pelo autor e julgou a causa, entendendo, de forma acertada.

Inúmeras são as alegações arroladas neste recurso, passo a analisá-las, como o fez o juízo *a quo* para dar uma melhor compreensão à controvérsia.

Atos cuja anulação é postulada

O apelante pretende anular uma série de decisões do Tribunal de Contas proferidas nas TC 001.517/90-2; TC 001.520/90-3; TC 001.524/90-9; TC 001.531/90-1; TC 001.532/90-1; TC 001.534/90-4; TC 001.545/90-6; TC 001.549/90-1; TC 001.550/90-0; TC 001.554/90-5; TC 001.557/90-4; TC 001.580/96-6, que, lhe atribuíram responsabilidade solidária com os tomadores de empréstimo perante o Banco da Amazônia – BASA.

Vinculação entre o processo de execução e a decisão criminal definitiva

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal. Ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou da comprovação de que não foi o réu o autor do fato, não interfere na esfera administrativa a absolvição penal.

A condenação civil ou administrativa não requer os mesmos padrões de prova da condenação

criminal, esta exige a determinação da culpabilidade além de qualquer dúvida razoável, enquanto aquelas — sanções civis e administrativas — apenas exigem uma preponderância da prova.

Sem sombra de dúvidas, o Código de Processo Civil, em dois dos seus dispositivos, estabelece a possibilidade de suspensão do processo, sob a ótica em exame, entretanto, a interpretação de tais regras estão pontificadas pela sua provisoriedade.

Trata-se, no primeiro caso, de prejudicialidade externa, podendo o juiz determinar o sobrestamento do feito civil, até que seja julgada a questão prejudicial no processo penal. A suspensão do processo civil não é obrigatória, mas constitui mera faculdade atribuída ao juiz (BARBI, Coment, n. 625, p. 358), confronte-se o art. 110 do CPC, que exara:

Art. 110. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

Parágrafo único. Se a ação penal não for exercida dentro de 30 (trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial.

Art. 265. Suspende-se o processo:

I – *omissis*

IV – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

§ 5º Nos casos enumerados nas letras *a, b e c* do n. IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

Portanto, refuto a alegação veiculada pelo apelante.

Análise da alegação de cerceamento de defesa no âmbito administrativo

No que concerne à alegação de cerceamento de defesa, não foi provado pelo apelante qualquer deslize por parte do Tribunal de Contas na condução do processo administrativo. Além do mais, os documentos

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Fagundes de Deus.

carreados aos autos pelo apelante e pelo apelado nos dão conta do respeito aos ditames constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Constituindo-se em apresentação de recurso da decisão em tomadas de contas especial, bem como de pedido de reconsideração arrolados às fls.11/12.

Cabia ao apelante, posto que não o fez, colacionar a cópia integral dos processos de tomadas de contas especiais, para que pudesse se aquilatar quanto à qualquer desobediência às regras do Direito Administrativo e Constitucional. Era seu o ônus da prova, do qual não se desincumbiu. Cumpre nesse passo ressaltar que, também em juízo, convocado a especificar provas o apelante quedou inerte.

Esta é a regra do Código de Processo Civil, leia-se:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Da análise da inexistência de delito

Como já assinalado, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da independência e autonomia das instâncias administrativa, civil e penal. Ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou da comprovação de que não foi o réu o autor do fato, não interfere na esfera administrativa a absolvição penal.

Portanto, tal disciplina será examinada nos autos da ação penal. Improcedente, portanto, a alegação.

Análise sobre a novação das dívidas e o enunciado 128 do TCU

Nesse passo, deve-se lembrar a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery que, na sua portentosa obra, *Código de Processo Civil comentado*, 9ª Edição, 2006, Editora Revista dos Tribunais, acentua:

Ônus de provar. A palavra vem do latim, ônus, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não-atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

Se, por acaso, fosse ultrapassado o instante pro-

cessual adequado para exame da novação a apelante não ficaria impossibilitada da sua alegação, até porque com a novel redação conferida ao art. 475-L, do Código de Processo Civil, em sede de cumprimento de sentença pode impugnar a execução alegando, qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. Se uma dessas causas já existia antes da sentença, eventual irregularidade terá sido acobertada pela coisa julgada material (CPC, 467) e sua eficácia preclusiva (CPC, 474). Porém, se alguma das causas existia antes da sentença e se configure uma das hipóteses do CPC, 485, o devedor poderá ajuizar ação rescisória para atacar e rescindir a coisa julgada, mas não a impugnação do CPC 475-L.

Portanto, continuo observando que o apelante não se desincumbiu do ônus probatório.

Análise das possíveis dívidas executadas

Mais uma vez me socorro das regras do Código de Processo Civil, quanto ao ônus probatório que não se desincumbiu adequadamente o apelante. Além do que, se existe solidariedade, cada um pode ser obrigado a pagar a dívida toda (CC, 264).

A solidariedade, conforme o art. 265 do Código Civil, não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes.

A Lei 8.443/1992, no seu art. 8º, estabelece a regra da solidariedade, veja-se:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, *sob pena de responsabilidade solidária*, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

§ 2º A tomada de contas especial prevista no

caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu regimento interno.

§ 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto.

Com efeito, não se consideram como aptas as alegações do apelante.

Da inexistência de provas e da inobservância de normas internas

Como examinado no item anterior a regra da solidariedade é estabelecida em lei (8.443/1992), que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências, portanto, correta a decisão do condutor monocrático no julgamento da improcedência dos pedidos formulados. Impende ressaltar que caberia ao apelante conduzir aos autos todas as peças do processo administrativo para análise deste Tribunal e do juízo a quo, o que mais uma vez não se desincumbiu a contento.

Tendo em vista que no âmbito do processo administrativo não se divisou qualquer falha no aspecto da obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cabia ao apelante, em juízo, apresentar as provas cabais, substanciais, com documentos idôneos que comprovassem as suas alegações. Instado a requerer a produção de provas manteve-se em silêncio.

Conforme documentos colacionados pelo apelante aos autos (fls.287/290 e 291/295) [Tomadas de Contas Especiais], anotam, em relação ao apelante: “II – Faltas cometidas – Atos de desídia administrativa, culminando com improbidade, por Diretor e funcionário do banco, que facilitaram operações de crédito a vários clientes, sem observância das normas internas da Instituição e da boa técnica bancária, exigindo, para tanto, pagamento de comissões prévias sobre os créditos deferidos. Tal procedimento vem gerando ao Banco um prejuízo potencial decorrente das operações irregulares concedidas, já lançadas em prejuízos, cujos valores compõem o mapa financeiro constante da pasta 1 desta tomada de contas, atualizados

até 30/11/1989.” “O processo em análise diz respeito a prejuízos causados ao Basa, *decorrentes de créditos irregularmente deferidos para capital de giro e títulos descontados à empresa IPC, sem o preenchimento das condicionantes regulamentares e em condições e taxas prejudiciais àquela instituição financeira.*”

Ante ao exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Sexta Turma

Apelação Cível

2004.35.00.023217-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro
Apelante: Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB
Advogados: Dr. José Frederico Fleury Curado Brom e outros
Apelado: Estado de Goiás
Procuradora: Dra. Maria Elisa Quackim Manoel da Costa e Cunha
Publicação: DJ 2 de 11/12/2006

Ementa

Civil e Administrativo. Ação de indenização. Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB). Safra de algodão. Errônea classificação realizada pelo Estado de Goiás (CLAVEGO). Revisão. Portaria 02/1988 da Secretaria Nacional de Abastecimento do Ministério da Agricultura. Prazo. Inaplicabilidade à CONAB.

I – O prazo estabelecido na Portaria 2/1988, da Secretaria Nacional de Abastecimento do Ministério da Agricultura, para requerer a reclassificação do produto, dirige-se ao particular, no caso, o produtor rural.

II – Não-ocorrência de decadência do direito de a Administração, representada pela CONAB, realizar a revisão da classificação do produto adquirido, diante de denúncias de irregularidades havidas na classificação, como medida apta a resguardar o interesse público e evitar o enriquecimento sem causa do particular.

III – Não-ocorrência, igualmente, da prescrição quinquenal em relação ao Estado de Goiás, visto que o prazo prescricional somente se iniciou ao término da apuração final das irregularidades, o que se verificou no ano de 2003, tendo sido a ação ajuizada em 15/12/2004.

IV – Sentença reformada.

V – Apelação provida.

Acórdão

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 20/11/2006.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —
A Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) ajuizou ação de indenização contra Lourival Ferreira de Araújo e o Estado de Goiás, pleiteando a condenação dos réus, solidariamente, ao pagamento de indenização pelos prejuízos que diz haver sofrido, em razão de supostas irregularidades na classificação de

produto agrícola (algodão em pluma), adquirido do primeiro réu, e classificado pelo segundo réu, referente à safra 1997/1998.

A sentença (fls. 301-305) julgou improcedente o pedido, à consideração, em síntese, de que a CONAB deixou escoar o prazo de caducidade previsto na Portaria 2/1988, da Secretaria Nacional de Abastecimento do Ministério da Agricultura, para postular a reclassificação do produto, prazo esse que não se

poderia deixar de observar, por se tratar de produto natural, portanto perecível.

Inconformada, apela a CONAB, com razões às fls. 308-313, visando a reforma da sentença.

Alega, para tanto, que a sentença está equivocada quanto ao prazo de decadência, assim como de prescrição em relação ao Estado de Goiás, invocando a supremacia do interesse público para justificar a revisão da reclassificação do produto que efetuou, momento no qual identificou o prejuízo que lhe foi infligido. Afirma que “não houve uma reclassificação, propriamente dita, mas uma revisão, já que a Administração, ulteriormente, teve conhecimento de que havia graves equívocos que resultaram em enriquecimento ilícito ao produtor/comerciante” (fl. 310), pelo que não se poderia falar em ato jurídico perfeito “protegido por suposta decadência administrativa” (fl. 311).

Pede a reforma do julgado.

Contra-razões às fls. 321-327, pelo Estado de Goiás, não as tendo apresentado o outro apelado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — A Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) ajuizou ação de indenização contra Lourival Ferreira de Araújo e o Estado de Goiás, visando ser ressarcida do prejuízo que teria sofrido com a equivocada classificação do algodão em pluma, efetuada pelo segundo réu, referente à safra de 1997/1998, que comprou do produtor rural.

A compra do produto ocorreu entre 26/06/1998 e 30/07/1998, conforme notas fiscais acostadas aos autos às fls. 24, 28, 30 e 32, e o levantamento dos técnicos da apelante ocorreu entre 27/09/1998 e 01/10/1998, segundo a própria inicial (fl. 03).

A sentença julgou improcedente o pedido com base na Portaria 2/1988, da Secretaria Nacional de Abastecimento do Ministério da Agricultura, que estabeleceu prazo para que fosse requerida a reclassificação do produto, em razão de sua natureza perecível,

com a seguinte fundamentação (fls. 302-304):

Observada a cronologia dos fatos apresentados, destaque-se que o produto foi adquirido conforme notas fiscais de fls. 24, 28, 30 e 32.

Levantamento prévio dos técnicos da CONAB acerca de falhas na classificação dos produtos ocorreu, segundo afirma a própria autora, no período de 27/09/1998 a 01/10/1998.

Daí em diante, ainda segundo o relato da exordial, deu-se a formação de comissão para apurar os prejuízos alegados, postergando-se a reclassificação, por razões de ordem financeira, para o momento da venda do produto.

Nota-se que 12/11/1998 ainda não se tem notícia da reclassificação do produto (fls. 104), deixando escoar a CONAB o prazo de caducidade estatuído na Portaria 2/1988 da Secretaria Nacional de Abastecimento do Ministério da Agricultura¹, assim disposto:

25.2. A solicitação de reclassificação será feita pelo interessado ao órgão Executor da Classificação, no prazo de 30 (trinta) dias a partir da emissão do Certificado de Classificação, exceto para algodão em pluma, linter, resíduos e restos de algodão, que será de 60 (sessenta) dias.

25.2.1. A solicitação será feita através de requerimento juntando à mesma o certificado de classificação original e o comprovante do depósito de pagamento da taxa de reclassificação.

25.2.2. Nos casos urgentes, admite-se que a solicitação seja feita via telex, constando os números do certificado de classificação e do comprovante do depósito bancário.

Por razões ditas pela natureza do bem comercializado, produto natural, portanto perecível, não se pode deixar de aplicar a regra acima, nem que se argumente com a prevalência do interesse público sobre o privado em contratos administrativos. A regra vale não em função da condição pessoal de quem celebra o contrato, mas por imposição da natureza do bem objeto do contrato.**²

²As restrições de ordem natural permeiam toda a discussão. Em demandas semelhantes a esta, tem a CONAB propugnado por perícia agrônoma. De que trataria esta tal perícia agrônoma? Até mesmo o algodão adquirido já foi vendido sob o sistema de “bica corrida”, é dizer, fardos de diversos produtores foram agrupados para a venda.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Souza Prudente e Maria Isabel Gallotti Rodrigues.

O suporte fático apresentado por um contratante em face do outro para dimensionar e cobrar o prejuízo é o ato de reclassificação. Sendo extemporâneo, interfere em demanda cível que busca recompor equilíbrio de equação financeira contratual. Cumular tal pedido com a outra pretensão deduzida em juízo, fundada em responsabilidade objetiva de ente político, não muda os contornos da relação jurídica examinada.

É oportuno lembrar que a disposição transcrita não guarda relação com o prazo prescricional disposto no art. 11 do Decreto 1.102, de 1903. A relação jurídica sob apreciação não emana de contrato depósito.

Passo examinar a demanda na vertente que envolve a suscitada responsabilidade objetiva do Estado de Goiás por atos de seus prepostos na inexecução ou execução faltosa do convênio e aditivos de fls. 192/222. Aqui também se mostra ocorrente eficácia desconstitutiva pelo decurso do prazo de cinco anos previstos no art. 1º do Decreto 20.910/32. Confira-se:

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Do exposto, julgo improcedente o pedido. Extinção do processo nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Observo, inicialmente, que o prazo de que trata a portaria citada dirige-se ao interessado, no caso o produtor rural, o qual poderá “solicitar” a reclassificação “ao órgão executor da classificação”.

Não cabia à CONAB, na espécie, “solicitar a reclassificação”, que, inclusive, não ocorreu, já que houve apenas uma revisão da classificação anteriormente feita, “já que a Administração, posteriormente, teve conhecimento de que havia graves equívocos que resultaram em enriquecimento ilícito ao produtor/comerciante” (fl. 310).

Tenho, assim, por ponderáveis os argumentos expendidos nas razões de apelação, *verbis* (fls. 310-313):

Com efeito, não houve uma reclassificação, propriamente dita, mas uma *revisão*, já que a Administração, posteriormente, teve conhecimento de que havia graves equívocos que resultaram em enriquecimento ilícito ao produtor/comerciante,

e por dever não poderia deixar de apurar os fatos e buscar o ressarcimento devido.

Nesse trabalho, efetivado por uma comissão técnica, envolvendo técnicos do MAPA, CLAVEGO, CONAB, puderam, com segurança, apurar os fatos, corrigindo as distorções anteriores.

Registrar-se que os apelados não ofereceram qualquer alegação ou prova de que teria havido equívoco por ocasião da nova classificação, levada a efeito pela referida comissão.

E, de fato, não houve irregularidade alguma na nova classificação, mais apenas a justa e oportuna correção de equívocos, falhas e supostas fraudes que causaram ao governo graves danos e que devem ser reparados, especialmente porque beneficiaram uma única parte, no caso, os apelados.

Portanto, não há que se falar em ato jurídico perfeito, protegido, por suposta decadência administrativa.

O ato jurídico perfeito e acabado não obsta a apuração de fraudes, ou a verificação de vícios objetivos e subjetivos, que em tese podem culminar com a sua anulação ou decretação de nulidade.

Desta forma, a caducidade estatuída na Portaria 2/1988 é insubsistente para impedir a real verificação dos fatos.

Ressalta-se que o negócio jurídico que envolve as partes (causa de pedir na presente ação) refere-se a um contrato de *compra e venda*, que apesar de possuir feição e características próprias por envolver interesse público e políticas de garantia de preço mínimo aos produtores, é de natureza pessoal.

Assim, a prescrição do direito das partes relativamente ao contrato em questão só ocorreria em 20 anos, por ser regido pela lei do tempo, ou seja, o art. 177 a 179 do CC/1916 e 442 a 450 do Código Comercial, de igual sorte vigente à época em que o instrumento contratual foi assinado.

[...]

O presente caso, conforme já mencionado, não se trata de mera reclassificação, prevista nos regulamentos do Ministério da Agricultura, mas da apuração de improbidades administrativas, fraudes e quiçá crimes, que não pode ficar restrita aos prazos indicados na r. sentença.

Por sua vez o argumento de que o tempo decorrido da primeira classificação poderia comprometer o resultado da nova classificação não procede, pois o algodão não altera o seu tipo e nem o comprimento da fibra com o passar do tempo.

Além do mais, até na presente data é possível realizar uma perícia agrônômica sobre o produto, objetivando determinar o padrão de

qualidade do algodão cultivado e colhido singular à safra 1997/1998, para tanto, determinando a variedade das sementes efetivamente plantadas, sua origem, bem como a expectativa de produção e produtividade quantiquantitativa, aplicando análise comparativa entre indigitadas variedades e aquelas até então predominantes no plantio das safras anteriores.

Urge observar que para indigitadas análises não se torna essencial à existência física do produto, posto que o levantamento importará apenas na análise dos projetos, documentos fiscais de aquisição de sementes, registros existentes nos arquivos dos órgãos governamentais e entidades vinculadas à agricultura.

De toda sorte, não é demais esclarecer que os trabalhos da anunciada revisão da classificação do produto tiveram início logo após a safra/1998, ou seja, em 05/11/1998, conforme o anexo “Relatório de Coordenação”, tendo se delongado em razão do enorme estoque de algodão a ser verificado e da infindável documentação analisada.

Conclui-se do exposto que a revisão da classificação do produto e a apuração dos valores devidos pelos apelados a CONAB, a título de divergência de qualidade do produto, não apresenta qualquer irregularidade.

Com relação à prescrição quinquenal reconhecida pela sentença em favor do Estado de Goiás, observe que, embora seja aplicável a regra do art. 1º do Decreto 20.910, de 1932, o prazo prescricional não há de tomar como termo inicial a data da aquisição do produto pela CONAB, mas, sim, a data em que foi apurado, definitivamente, no âmbito administrativo, o débito objeto da ação, o que, no caso, ocorreu em 12/08/2003, data da comunicação da referida apuração ao segundo réu (fls. 49-50).

Pelo exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para que, depois de regular instrução, inclusive com a produção de provas que se fizerem necessárias, seja proferida nova sentença, como de direito.

É o meu voto.

Sétima Turma

Agravo de Instrumento

2005.01.00.003159-7/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Agravado: Wiltler Turismo Ltda.

Advogados: Dr. Moisés Luiz de Mendonça e outros

Publicação: DJ 2 de 19/12/2006

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Agravo de instrumento. Concessão de tutela antecipada para liberação de veículo apreendido por transportar mercadorias estrangeiras internadas no país desacompanhadas de documentação regular: descabimento.

I – Descabe a concessão de antecipação de tutela, mesmo sob a forma de medida cautelar, nos termos do § 7º do art. 273 do CPC, para liberação de veículo apreendido pelo Fisco por transportar mercadorias estrangeiras internadas no país desacompanhadas de documentação fiscal regular.

II – Em tal caso, embora presente o *periculum in mora*, o mesmo não se dá com o requisito de *fumus boni iuris*, posto que o proprietário de veículo que o emprega, diretamente ou mediante locação a terceiro, no transporte de passageiros que se dirigem ao exterior com o objetivo de adquirir mercadorias estrangeiras e interná-las no país desacompanhadas de documentação fiscal regular concorre para essa infração e, portanto, por ela responde, nos termos do art. 95 do Decreto-Lei 37, de 18/11/1966, legitimando a apreensão do veículo como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional, no caso de vir a ser decretada a sua perda, sendo mera faculdade do Fisco conceder a sua liberação provisória (art. 39, § 3º, DL 37/1966, c/c o art. 64, § 1º, Decreto 4.543, de 26/12/2002).

III – Nesse contexto, o reconhecimento de direito do proprietário à liberação do veículo apreendido pres-supõe a declaração da inconstitucionalidade das disposições legais que autorizam a sua apreensão, o que não deve ser decidido por liminar, consoante decisão do Ministro Carlos Veloso ao julgar, monocraticamente, a SS 1.853/DF.

IV – Isso não obstante, dada a satisfatividade da pena de perda, deve ela ficar suspensa até o julgamento final da ação de anulação do auto de infração.

V – Agravo de instrumento parcialmente provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 19/09/2006.

Desembargador Federal Antônio Ezequiel, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel: — Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional, em face da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos de ação anulatória de ato administrativo ajuizada por Wiltler Turismo Ltda., deferiu pedido de antecipação parcial da tutela para determinar a liberação do ônibus de propriedade da agravada (veículo Scania – K112-33, placa GVJ 9320, ano 1985), independentemente do pagamento de multas e outros encargos, ao argumento de que, “*A apreensão do veículo como forma de se garantir o pagamento dos débitos fiscais não encontra amparo em lei, o que por si só já autoriza a imediata liberação do veículo*”, e ainda que, “*o próprio Decreto 4.543, de 2002, prevê que ‘a autoridade aduaneira poderá permitir a saída do veículo, mediante termo de responsabilidade firmado pelo representante do transportador’ (art. 64, § 1º)*” (fl. 72).

Alega a agravante, às fls. 2/15, a ausência dos requisitos para a concessão de antecipação de tutela, em razão de não haver, *in casu*, perigo de dano irreparável para a agravada, mas, sim, o perigo inverso para o Poder Público, em razão de ter a liminar concedida exonerado, prematuramente, o administrado de imposição legal, e, ainda, induzir outros administrados a comportamento semelhante.

Afirma que a apreensão do veículo se deu por força da Lei 10.833/2003 e do Decreto-Lei 37/1966, não prosperando, portanto, a alegação da agravada de desconhecimento da mercadoria transportada e de estar o veículo, à época da apreensão, fretado para terceiros.

À fl. 88, concedi o efeito suspensivo pleiteado.

Embora devidamente intimada, a agravada não apresentou contraminuta, conforme certidão de fl. 91.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel:
— Pretende a agravante a reforma de decisão (cópia

às fls. 72/73 destes autos) que, em ação anulatória de auto de infração, deferiu o pedido de antecipação parcial da tutela, para determinar a liberação de veículo de propriedade da ora agravada, apreendido por transportar mercadoria estrangeira sem prova de introdução regular no país, aos fundamentos de que não encontra amparo na lei a apreensão de veículo como forma de se garantir o pagamento de débitos fiscais, e de que “*o próprio Decreto 4.543, de 2002, prevê que ‘a autoridade aduaneira poderá permitir a saída do veículo, mediante termo de responsabilidade firmado pelo representante do transportador’ (art. 64, § 1º)*.”

O pedido de antecipação parcial de tutela para liberação de veículo apreendido pelo Fisco, formulado em ação anulatória de auto de infração, tem, em verdade, natureza cautelar, admitido, em princípio, pelo § 7º do art. 273 do CPC, desde que presentes os requisitos da ação cautelar.

Conquanto vislumbre, na ação principal, a presença de *periculum in mora*, em razão dos prejuízos advindos à empresa enquanto privada da posse do veículo, isso não ocorre com o requisito de *fumus boni iuris*.

Consoante se vê pelo Termo de Apreensão de fl. 52, o veículo em causa foi apreendido “*portando mercadorias de procedência estrangeira sem prova de introdução regular no país, sujeitas à pena de perdimento, de acordo com o Regulamento Aduaneiro Decreto 4.543 de 26/12/2002.*”

O art. 104 do Decreto-Lei 37/66 estabelece que se aplica a pena de perda do veículo quando “*conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente (o veículo) ao responsável por infração punível com aquela sanção*”.

Já as mercadorias transportadas no citado veículo foram apreendidas, segundo se lê nos autos de infração de fls. 56/62, “*por se encontrarem em desacordo com a legislação vigente no país, nas condições previstas no art. 23, inciso IV e § 1º, do Decreto-Lei 1.455/1976; no art. 105, inciso X, do Decreto-Lei 3719/66;*”.

De fato, o citado art. 23 do DL 1.455/1976, em seu § 1º, estabelece que o dano ao erário de que trata o seu *caput* é punido com a *perda das mercadorias*, e o inciso IV do mesmo art. 23 considera dano ao erário as infrações relativas às mercadorias “*enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo*

*N.E.: Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral e o Juiz Federal Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho (convocado). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Catão Alves.

único do art. 104 e nos incisos I a XIX do art. 105 do Decreto-Lei 37, de 18/11/1966”.

Por sua vez, esse art. 105, no seu inciso X (invocado para apreensão das mercadorias), dispõe que está sujeita à pena de perda a mercadoria “*estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular*”.

No caso, as mercadorias estrangeiras foram apreendidas quando circulavam em veículo de propriedade da agravante.

De outro lado, o art. 95 do Decreto-Lei 37/1966 prescreve que responde pela infração “*conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie*”.

Ora, a mim se afigura que o proprietário de veículo que o emprega, diretamente ou mediante locação a terceiro, para transporte de passageiros que se dirigem ao exterior, com o objetivo de adquirir mercadorias estrangeiras e interná-las no país desacompanhadas de documentação fiscal regular, concorre para essa infração, e, portanto, por ela responde, nos termos do citado art. 95 do Decreto-Lei 37/1966, ficando, assim, o seu veículo sujeito à pena de perda, *ex vi* do disposto no art. 104 do mesmo Decreto-Lei.

Nessas condições, estando o veículo sujeito, em tese, à pena de perda, tenho por legítima a sua apreensão, *como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional*, tanto mais que o art. 39, § 2º, do Decreto-Lei 37/1966 estabelece que “*o veículo responde pelos débitos fiscais, inclusive os decorrentes de multas aplicadas aos transportadores da carga ou a seus condutores*”, constituindo mera faculdade do Fisco conceder a liberação provisória do veículo, nos termos do § 3º art. 39 citado, bem assim do § 1º do art. 64 do Decreto 4.543, de 26/12/2002, não constando nesses dispositivos que isso possa ocorrer quando estabelecida em lei a pena de perda do bem.

Ademais, tenho que o reconhecimento de direito do proprietário do veículo à sua liberação, quando apreendido nas condições acima citadas, tem por pressuposto a declaração de inconstitucionalidade das disposições legais mencionadas, o que não deve ser decidido por liminar (nem por antecipação de tutela), consoante decidiu o Ministro Carlos Veloso, no julgamento monocrático da SS 1.853/DF, quando

afirmou que:

...reconhecer, em sede de liminar, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para o fim de deferir a medida, representa, de regra, precipitação, dado que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos Tribunais, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte. Essa declaração, para o fim de ser concedida a liminar, não deve ocorrer, em decisão monocrática, até por medida de prudência. No caso, ocorre, ademais, que a liminar esgota o julgamento da causa, porque, na prática, é satisfativa. Se, amanhã, os Tribunais Superiores derem pela constitucionalidade do ato normativo, terá ocorrido, com a concessão da liminar, grave atentado à ordem pública, em termos de ordem jurídico-constitucional” (DJ 04/10/2000).

Isso não obstante, estando em curso ação judicial para anular o auto de infração, tenho por prudente, em face da satisfatividade da pena de perdimento, que fique ela suspensa até o julgamento final da ação.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo.

É como voto.

Oitava Turma

Apelação Cível

2001.32.00.001385-1/AM

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso

Apelante: Fazenda Nacional

Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo

Apelada: CCE da Amazônia S/A

Advogados: Dr. Gutemberg Ferreira de Luna e outros

Remetente: Juízo Federal da 2ª Vara/AM

Publicação: DJ 2 de 11/12/2006

Ementa

Tributário. Ação anulatória. Autos de infração. Lançamento de ofício. Nulidade. CSLL. MP 812/1994. Compensação dos prejuízos acima do limite de 30%. Postergação do pagamento do tributo. Possibilidade. Lucros tributáveis suficientes para absorver integralmente o prejuízo. Denúncia espontânea. Não-incidência de multa.

I – A prova pericial demonstrou que não houve omissão de receita, embora tivesse havido compensação dos prejuízos no mês de junho/1995, no percentual de 100% do resultado líquido apurado.

II – Mesmo não tendo utilizado a trava de 30%, no momento da compensação do mês de junho/1995 até o mês de outubro do mesmo exercício, a empresa apresentou lucros tributáveis suficientes que absorveram integralmente o prejuízo considerado, indevidamente compensado, no mês de junho/1995.

III – Tendo a empresa crédito tributário a restituir, fica tecnicamente descabida a cobrança da CSL apurada no mês de junho/1995.

IV – O atraso no recolhimento de tributo daria azo à infração passível da aplicação da pena de multa, porém, em razão da configuração, na hipótese, de pagamento postergado, resta caracterizada a denúncia espontânea, tendo em vista que o posterior recolhimento da exação, em razão da apuração de base de cálculo positiva, se deu antes do início de qualquer ação fiscal, o que exclui também a incidência da multa.

V – Apelação da Fazenda Nacional a que se nega provimento. Remessa oficial a que se dá parcial provimento, tão-somente validar a autuação com relação aos juros de mora referentes aos meses de julho/1995 e outubro/1995.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 20/10/2006.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A CCE da Amazônia S/A propôs ação anulatória de débito fiscal em face da Fazenda Nacional, visando à declaração de nulidade do ato de lançamento de ofício e, por conseqüência, fosse decretada a desconstituição do crédito tributário objeto do auto de infração.

A sentença *a quo* julgou procedente o pedido, ao fundamento de que o atraso no recolhimento de tributos daria azo à infração passível da aplicação da pena de multa, porém, em razão da configuração, na hipótese, de pagamento postergado, restando caracterizada a denúncia espontânea, tendo em vista que o posterior recolhimento da exação em razão da apuração de base de cálculo positiva se deu antes do início de qualquer ação fiscal, o que exclui também a incidência da multa.

Condenou a ré ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 5% sobre o valor da causa, consoante apreciação equitativa, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em suas razões de apelação, a Fazenda Nacional sustenta, em síntese, que a apelada, ao cumprir com suas obrigações tributárias, relativas à contribuição social sobre o lucro líquido, não observou o percentual de 30%, fixado no art. 42 da Lei 8.981/1995, tendo compensado integralmente o prejuízo fiscal.

Afirma que tal conduta afronta o primado da lei, visto que naquele período-base a apuração e o pagamento do Imposto de Renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido era mensal.

Insiste, por fim, que não houve dupla tributação contra a apelada, porque não se teria observado que, nos meses de julho, agosto e outubro de 1995, a apelada obteve lucro e que suportaria o prejuízo compensado integralmente no mês de junho.

Requer que seja observado o fato de que a ilegalidade e a inconstitucionalidade alegadas na inicial não foram julgadas procedentes, em face de atuação da apelante, o que autoriza, no seu entender, a condenação da apelada na mesma condição imposta na sentença singular, ou que cada parte suporte o respectivo ônus de seus profissionais.

Contra-razões apresentadas às fls.328/335.

Peticiona a União, alegando a perda de objeto da presente demanda, ao fundamento de que a empresa apelada requereu e obteve o benefício do parcelamento, relativamente ao débito *sub judice*.

Tendo oportunidade de se manifestar sobre o alegado, a apelada informou que o Processo Administrativo 10283.000482/00-32, o qual originou a ação judicial ora discutida, não fora incluído no PAES. Acrescenta que, por isso, não houve renúncia, transação ou confissão de dívida sobre a matéria tratada nesta ação, devendo o recurso ter seu seguimento normal.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — A autora pretende desconstituir crédito tributário objeto de auto de infração, lavrado por falta de recolhimento de Contribuição Social sobre o Lucro, em razão de inobservância do limite de 30% no aproveitamento de prejuízos e bases negativas acumuladas na apuração do referido tributo, no exercício financeiro de 1995.

O auto de infração impugnado, juntado às fls. 89/95, originou-se da revisão da declaração de rendimentos correspondente ao exercício de 1996, anual-cadastral de 1995, em que a Receita Federal apurou saldo devedor a seu favor de R\$ 556.221,77 (quinhentos e cinquenta e seis mil, duzentos e vinte e um reais e setenta e sete centavos), em razão de a empresa não ter obedecido às limitações impostas pela Lei.

Consta, ainda, do auto de infração a aplicação de multa de ofício (75% sobre o valor da contribuição) no valor de R\$ 417.208,05 (quatrocentos e dezessete mil duzentos e oito reais e cinco centavos) e juros de mora (calculados até 31/01/2000) no valor de R\$ 624.866,40 (seiscentos e vinte e quatro mil oitocentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos), perfazendo o total de R\$ 1.598.351,85 (um milhão quinhentos e noventa e oito mil trezentos e cinquenta e um reais e oitenta e cinco centavos).

Na petição inicial, alega a empresa autora, em síntese, a inexistência do débito expresso no auto,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Leomar Amorim.

uma vez que as quantias nele cobradas foram pagas, ainda que de forma postergada.

Na sentença, foram afastadas as alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade da Medida Provisória 812/1994, convertida na Lei 8.981/1995, que estabeleceu em 30% o limite de aproveitamento dos prejuízos acumulados.

Contudo, considerando o laudo apresentado pela perita, concluiu o Juízo *a quo* que até o mês de outubro de 1995 a autora apresentou lucros tributáveis que absorveram integralmente o prejuízo considerado indevidamente compensado no mês de junho de 1995, mesmo não tendo utilizado a trava de 30%, por ocasião da compensação dos prejuízos.

Consignou, ainda, naquela assentada, que a Fazenda Nacional impôs à autora dupla tributação sobre o mesmo fato, tendo em vista que, após o período base em que ocorreu a compensação total dos prejuízos em questão (junho/1995), a empresa apurou bases positivas nos períodos subseqüentes (julho/1995, agosto/1995 e outubro/1995), sobre as quais incidiu a exação e que não foram consideradas pela autoridade fiscal quando da apuração da infração.

Arrematou, reconhecendo que houve postergação do pagamento do tributo, restando caracterizada a denúncia espontânea, uma vez que o recolhimento do tributo se deu antes de qualquer ação fiscal, o que exclui também a incidência da multa.

Irresignada, a Fazenda Nacional recorre, alegando que a apelada não seguiu os ditames da lei, efetivando compensação da ordem de 100%, o que modifica por completo o valor do tributo a ser pago.

Afirma que, mesmo após a compensação, a apelada estava obrigada ao recolhimento da obrigação, porém nada recolheu, visto que reduziu totalmente o prejuízo acumulado. Assim, finaliza, não tendo recolhido legalmente a obrigação, foi autuado pela fiscalização.

De plano, registro que não há na causa *sub judice* qualquer questão de ordem pública ou preliminares suscitadas pela Fazenda Nacional a serem analisadas e, por isso, passo ao julgamento do mérito.

A prova pericial, acostada aos autos às fls. 265/270, considerando os balancetes Lalur e comprovantes de pagamentos, concluiu, em primeiro lugar, que embora tivesse havido compensação dos prejuí-

zos no mês de junho/1995, no percentual de 100% do resultado líquido apurado no mês de junho/1995, efetivamente não houve omissão de receita.

Isso porque, no período compreendido de julho/1995 a dezembro/1995, aplicando-se a trava dos 30%, a CSLL devida pela autora totalizava o valor de R\$ 2.237.562,06, tendo, contudo, sido pago nesse período o montante de R\$ 2.808.103,43 de CSLL, resultando o saldo credor para a autora no valor de R\$ 570.541,37.

A perita consignou que a autora, mesmo não tendo utilizado a trava de 30% no momento da compensação do mês de junho/1995, até o mês de outubro do mesmo exercício, apresentou lucros tributáveis suficientes que absorveram integralmente o prejuízo considerado indevidamente compensado no mês de junho/1995.

Portanto, tendo a empresa crédito tributário a restituir, fica tecnicamente descabida a cobrança da CSLL apurada no mês de junho/1995.

A questão pode ser mais bem compreendida contabilizando-se os valores pagos nos períodos em questão (junho/1995 a outubro/1995) e o devido, de acordo com a autoridade fiscal responsável pelo lançamento, conforme quadro abaixo:

Meses	Valores pagos	Valores cobrados
junho/95	–	R\$ 556.277,40
julho/95	R\$ 435.122,04	R\$ 388.831,39
agosto/95	R\$ 787.622,83	R\$ 551.335,98
setembro/95	–	–
outubro/95	R\$ 1.279.995,88	R\$ 992.255,19
Total	R\$ 2.502.740,75	R\$ 2.488.699,96

Nesses termos, a controvérsia restringe-se sobre a possibilidade de aceitação de postergação de pagamento de tributo devido e, em conseqüência, a aplicação do instituto da denúncia espontânea.

A postergação de pagamento é instituto pre-

visto e disciplinado pela própria Receita Federal (*site Inobservância do Regime de Escrituração — Postergação do Pagamento do Imposto*), que ocorrerá quando a parcela de imposto ou de contribuição social relativa a determinado período de apuração efetiva e espontaneamente for paga em período posterior àquele em que seria devido (PN Cosit 2/1996, item 6.2).

Registro, ainda, que o caso não é de parcelamento, uma vez que o valor total do tributo foi recolhido no mesmo período de apuração e anterior a qualquer ação fiscal.

A esse respeito, o Juízo *a quo* assentou que *o atraso no recolhimento de tributo daria azo a infração passível da aplicação da pena de multa, porém, em razão da configuração, na hipótese, de pagamento postergado, resta caracterizada a denúncia espontânea, tendo em vista que o posterior recolhimento da exação em razão da apuração de base de cálculo positiva se deu antes do início de qualquer ação fiscal, o que exclui também a incidência da multa.*

No âmbito administrativo, as decisões dos Conselhos de Contribuintes vêm reconhecendo a possibilidade de postergação do imposto, confira-se:

IRPJ. Prejuízo fiscal. Inobservância do limite de 30% para a compensação. Postergação do pagamento do imposto. Na revisão da declaração de rendimentos da pessoa jurídica em que foram compensados prejuízos acima do limite de 30%, de que trata o art. 42 da Lei 8.981/1995, cumpre ao revisor verificar se, nos períodos posteriores ao ano-calendário sob revisão e anteriores à data da autuação, o contribuinte experimentou lucros suficientes para compensar os excessos apurados, no todo ou em parte, e, confirmando o fato, dar ao caso o tratamento de postergação no pagamento do imposto. (Sétima Câmara, Primeiro Conselho de Contribuintes, Recurso 126990, Processo 11080.016599/9990, Acórdão 107-06630, Sessão de 21/05/2002.)

Sobre o tema, transcrevo decisão administrativa da Sétima Câmara, Primeiro Conselho Administrativo de Contribuintes, lavrada no Recurso 124855, Processo 10510.002150/99-10, Sessão 19/19/2001, *verbis*:

CSLL. Exclusões indevidas. Não cabe exigir CSLL tendo como base exclusões indevidas, quando tomado como base para cálculo do excesso de compensação de bases negativas o valor antes das exclusões, sob pena de dupla exigência sobre o

mesmo fato.

CSLL. Efeito da limitação na compensação de bases negativas. A busca dos efeitos da limitação em 30% na compensação de prejuízos não pode ficar restrita, isoladamente, a cada período de apuração ou aos períodos abrangidos pela ação fiscal em que verificadas infrações. Cabe à fiscalização, tendo como limite temporal o último período de apuração exigível ao término da ação fiscal, e observado o limite legal, levar em conta valores apurados a maior pelo contribuinte em períodos subseqüentes, em decorrência da diminuição ou esgotamento do saldo de prejuízos a compensar nesses períodos, em função do seu comportamento anterior.

CSLL. Postergação. Por disposição expressa do art. 6º do Decreto-Lei 1.598/1977 o lançamento de diferença de imposto com fundamento em inexatidão quanto ao período-base de competência de receitas, rendimentos ou deduções será feito pelo valor líquido, depois de compensada a diminuição do imposto lançado em outro período-base a que o contribuinte tiver direito em decorrência de aplicação do disposto no § 4º do mesmo diploma legal. A apuração deve ser feita em conjunto, levando em conta todas as infrações verificadas na ação fiscal.

(sem grifo no original)

Diante de tais decisões do Conselho de Contribuinte, o argumento da Fazenda Federal de que a CSLL devida em um mês é objeto de relação obrigacional autônoma e independente daquela formada no mês posterior não procede. Ademais, a Lei 8.981/1995 não impôs limite temporal para utilização da base de cálculo negativa, confira-se:

Art. 58. Para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.

A questão, também, foi abordada na perícia, no quesito 12, em que foi questionado se houve postergação de pagamento da CSL, considerando os termos do Parecer Normativo COSIT 2/1996. Respondeu a perita que *não houve, uma vez que não aconteceu a apropriação de receitas ou despesas fora do período contábil de competência, ou figura de exclusão ou adição, antes de apurado o valor da CSLL.*

Ressalto, ainda, que o Parecer Normativo COSIT 2/1996 dispõe que no caso do contribuinte já ter efe-

tuado, espontaneamente, em período posterior, o pagamento dos valores do imposto ou da contribuição social postergado, tal fato deve ser considerado no momento do lançamento de ofício, devendo a autoridade fiscal, em relação às parcelas que já foram pagas, exigir, exclusivamente, os acréscimos relativos a juros e multa, caso o contribuinte não os tenha pago.

Contudo, o art. 138 do CTN estabelece que: *a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.*

No parágrafo único, está assentado que, para tanto, *a denúncia deve ter sido apresentada antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração.*

Embora não ignore a existência de parcela da doutrina que entende aplicável a multa de mora quando configurada a denúncia espontânea, perfilho a orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser indevida a multa moratória quando o contribuinte, mesmo após vencimento do tributo, efetua, voluntariamente, ou seja, antes de qualquer procedimento levado a efeito pela administração tributária, o recolhimento da exação, acrescido dos juros de mora. Nesse sentido, trago à colação arestos do referido Tribunal:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Tributário. Denúncia espontânea. Pagamento integral do débito, acrescido de juros moratórios e correção monetária. Procedimento fiscal posterior. Exclusão da multa moratória.

1. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contribuinte que, espontaneamente, denuncia o débito tributário em atraso e recolhe o montante devido, com juros de mora e antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, fica exonerado de multa moratória. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AG 492678 /PR – Relator Ministro Franciulli Netto - DJ03/11/2003)

Tributário. Débitos. Denúncia espontânea. Multa. Inexigibilidade. Art. 138 do Código Tributário Nacional.

1. Na hipótese de denúncia espontânea, realizada formalmente, com o devido recolhimento do tributo, é inexigível a multa de mora incidente

sobre o montante da dívida parcelada, por força do disposto no art. 138 do CTN. Precedentes. Rejeição dos embargos de divergência. (ERESP. Embargos de Divergência no Recurso Especial 180700. Processo: 199800972447 UF: SC. Relator Ministro Francisco Falcão - DJ/DATA: 25/06/2001)

Também este Tribunal vem se inclinando no sentido de entender indevido o pagamento de multa moratória no caso de denúncia espontânea devidamente acompanhada do recolhimento do tributo devido e dos juros de mora, conforme ementas que ora destaco:

Tributário. Denúncia espontânea. Débito tributário. Ausência. Pagamento. Multa moratória. Desnecessidade. Expedição. Certidão positiva de débitos com efeitos de negativa. Possibilidade. Art.138, CTN.

1.O art. 138 do CTN prevê a exclusão da responsabilidade em caso de denúncia espontânea, acompanhada do pagamento do tributo devido e dos juros de mora.

2.O contribuinte que, espontaneamente, denuncia o débito tributário em atraso e recolhe o montante devido, com juros de mora e antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, fica exonerado de multa moratória.

3.Apelação e remessa oficial não providas.(AMS 2001.43.00.002517-6/TO; Apelação em Mandado de Segurança. Relator Des. Federal Tourinho Neto. DJ 03/08/2004.)

Tributário. Contribuição previdenciária sobre a folha de salários. Denúncia espontânea. Pagamento integral do tributo. Multa indevida. Rescrição. Prova de transferência do encargo (Lei 9.032/1995).Correção monetária. Custas processuais. Honorários advocatícios.

1.Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a extinção do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para a apuração do tributo devido. Precedentes do STJ.

2. Denunciada espontaneamente a dívida e recolhido o montante integral do tributo, com os acréscimos pertinentes, é inaplicável a multa moratória (CTN, art. 138). Precedentes jurisprudenciais do colendo Superior Tribunal de Justiça. (...) (AC 2001.38.01.002627-9/MG. Relator Des. Federal Mário César Ribeiro. DJ 26/03/2003)

Assim, entendo que outra não poderia ser a

interpretação dada ao dispositivo legal em comento. Não há fundamento para distinção conceitual entre multa punitiva e multa moratória, haja vista que essa última possui sempre natureza sancionadora.

Nesse sentido, peço vênica para transcrever trecho do voto exarado nos autos da Apelação Cível 2000.38.00.025386-1/MG, pelo eminente Desembargador Federal Carlos Olavo, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

No mais, resta saber qual a extensão dos efeitos da denúncia espontânea, já que neste ponto existe também divergência de entendimento, havendo quem só inclua no âmbito do art. 138 as multas de natureza punitiva, ou fiscais, excluindo a multa moratória, ao argumento de que esta teria natureza indenizatória.

Inexiste razão para a distinção. A uma porque os juros moratórios são suficientes para reparar os prejuízos sofridos pela Administração, são juros altos para qualquer economia estabilizada. A duas porque a multa aplicada, moratória ou não, tem sempre efeito sancionatório, e lembro mais uma vez que se o art. 138 não menciona o pagamento das multas, estas não poderão ser incluídas pelo intérprete.

Destarte, considerando-se o caráter sempre sancionatório da multa de mora, entendo que a exigência da referida multa apresenta-se incompatível com o instituto da denúncia espontânea.

Com essas considerações, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e dou parcial provimento à remessa oficial, para validar o auto de infração tão-somente em relação aos juros de mora referentes aos meses de julho a outubro de 1995.

Por fim, no que toca aos honorários de sucumbência, entendo que a condenação deve permanecer. Isso porque o pedido de anulação de débito fiscal foi julgado procedente em quase sua integralidade, restando a Fazenda Nacional vencida e responsável pelas despesas processuais e honorários por inteiro, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC.

É como voto.

Agravo de Instrumento

2006.01.00.041206-2/GO

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Agravante: Evelyn de Carvalho Pinto

Advogados: Dr. Aleksanders Rodrigues e outros

Agravada: Universidade Federal de Goiás – UFGO

Procurador: Dr. Antônio Roberto Basso

Publicação: DJ 2 de 01/12/2006

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de liminar, interposto por Evelyn de Carvalho Pinto em face de decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido pelo qual objetivava a matrícula no curso de Medicina da Universidade Federal de Goiás em razão da transferência *ex officio* de seu genitor da missão de Auxiliar de Adido do Exército em Montevidéu – Uruguai para o Destacamento de Apoio às Operações Especiais localizado em Goiânia/GO (cf. doc. fl. 41).

A decisão de primeiro grau (fls. 57-62) considerou que o adido militar (pessoa nomeada para exercer funções específicas junto a uma embaixada) é nomeado para o cargo por prazo determinado, não se tratando, portanto, a hipótese da transferência a que alude o art. 49 da Lei 9.394/1996 e art. 1º da Lei 9.536/1997.

Inconformada, a agravante reitera ter direito à matrícula obrigatória, pois entende que a exoneração de seu genitor do cargo temporário de auxiliar de adido militar é caracterizada como transferência *ex officio*.

Assim posta a questão, considero relevantes os argumentos da agravante no sentido de que a circunstância de o seu genitor, militar do Exército Brasileiro, ter sido nomeado para cargo de missão permanente e diplomática no exterior e, findo o prazo de dois anos estabelecido no ato de nomeação, ter sido exonerado, não descaracteriza a natureza da transferência *ex officio* (fls. 35-36).

Corroborar tal assertiva o fato de que a missão para o qual foi designado o pai da agravante é enquadrada como “permanente, diplomática, com mudança de sede e com dependentes” (fls. 35-36) para efeito de pagamento de despesas de ajuda de custo, conforme o disposto na Lei 5.809/1972 (art. 23 e 24, I).

É certo que, encerrado o prazo de sua permanência fora do país, foi ele compulsoriamente transferido para o Destacamento de Apoio às Operações Especiais, na cidade de Goiânia, conforme consta no documento de fl. 41. Ao fim da missão no exterior, não tinha ele opção alguma: foi lotado, compulsoriamente, na unidade designada pelo Exército.

Reconhecendo o direito à transferência obrigatória de estabelecimento de ensino em favor de servidor egresso de missão militar no exterior, lembro o seguinte acórdão deste Tribunal.

Administrativo. Transferência ex officio de servidor militar. Estudante proveniente do exterior. Art. 99 e parágrafo único da Lei 8.112/1990. Lei 9.536/1997. Matrícula compulsória no estabelecimento de ensino superior do local de destino. Congeneridade entre as instituições. Súmula 43 do TRF 1ª Região. Apelação improvida. Sentença mantida.

1. A circunstância de se tratar, na hipótese, de servidor militar oriundo do exterior, onde chefiou missão oficial brasileira, não descaracteriza a transferência *ex officio*, aplicando-se, outrossim, a mesma sistemática que rege as transferências ocorridas nos limites do território nacional. De tal forma, ressalvadas as eventuais peculiaridades, não há diferença quanto aos requisitos que devam ser atendidos.

2. Ao interpretar o sentido e alcance da expressão “congênere”, constante do art. 99 da Lei 8.112/1990, este Tribunal adotou entendimento restritivo, cristalizado na Súmula 43 do TRF 1ª Região (“A transferência compulsória para instituição de ensino congênere, a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/1990, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição

de ensino da mesma natureza”).

3. Comprovada a natureza de direito público da instituição estrangeira de origem, satisfeita está a exigência da congeneridade.

4. Apelação e remessa oficial improvidas. Sentença confirmada. (AMS 2000.01.00.055914-1/DF; Relator: Juiz Luiz Gonzaga Barbosa Moreira; Primeira Turma; *DJ* 20/08/2001, p. 40)

Ademais, considero que a ausência de aprovação prévia em vestibular não constitui fundamento suficiente a impedir a matrícula junto à IES agravada, dado que tal requisito não é exigido pela Lei 9.536/1997, sendo de registrar que nem todos os países adotam o processo seletivo do vestibular como forma de ingresso em instituição de ensino superior. No caso de alunos brasileiros que foram obrigados a estudar temporariamente fora do País, por força do exercício de cargo público, não seria mesmo compatível com o princípio da isonomia exigir que, no exterior, tivessem concorrido com os nativos, fazendo vestibular em idioma estrangeiro, donde a legitimidade dos convênios entre o Ministério das Relações Exteriores e o Brasil que permitem, em casos tais, a matrícula do diplomata e seus dependentes (cf. 6ª Turma, AG 2004.01.000076801-DF, *DJ* 21/06/2004, de minha relatoria).

Assinalo, ainda, que não há controvérsia quanto ao caráter público da instituição de origem, assinalado no documento de fl. 44, tendo sido a matrícula indeferida porque não interpretado como de transferência obrigatória o ato de deslocamento do militar, e em virtude da não submissão da agravante ao vestibular, na universidade uruguaia (Universidade de La República), onde ingressou por cortesia diplomática, fundamentos estes que, no meu entender, a um primeiro exame, não justificam o indeferimento da transferência postulada (fls. 48-53).

Em face do exposto, defiro o pedido de liminar.

Dê-se ciência ao i. prolator da decisão agravada.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar resposta (CPC, art. 527, V).

Publique-se.

Após, voltem-me os autos conclusos.

Brasília, 27 de novembro de 2006.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Agravo de Instrumento

2006.01.00.045859-1/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva

Agravante: Madeira Carvalho Ltda.

Advogados: Dr. Jecivaldo da Silva Queiroz e outros

Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA

Procurador: Dr. Vilberto da Cunha Peixoto Junior

Publicação: DJ 2 de 22/12/2006

Decisão

Insurge-se a agravante contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu liminar que objetivava a imediata liberação dos bens apreendidos, constantes de termo de apreensão/depósito.

Relata que, em razão de conflito instalado no Município de Prainha/PA, por militâncias locais, que culminou na obstrução da via fluvial utilizada regularmente para escoamento de produto florestal explorado na região, viu-se obrigada a deslocar balsas que se encontravam carregadas de madeira aguardando liberação dos DOFs (Documentos de Origem Florestal) para área segura distante da manifestação, para garantir a integridade da tripulação e da carga, oportunidade em que teve apreendida a madeira.

Alega que, ainda que irregular, pela não apresentação ao IBAMA dos DOFs referentes à madeira transportada, sua conduta “não pode ser taxada de desarrazoada, diante das circunstâncias fáticas, reconhecidas como de risco pela agravada no seu Relatório de Vistoria Técnica” (fl. 08), no qual seus agentes dão conta “da precária estrutura à disposição do IBAMA para atuar na região, não havendo como inferir que seria possível à agravada garantir a segurança das embarcações apreendidas, bem como, das suas cargas e tripulação, no caso da sua permanência no local, no auge do conflito insuflado por militâncias de movimentos políticos” (fl. 08).

Afirma que, independentemente da apresentação ao IBAMA, em menos de 24 horas da lavratura do termo administrativo, da documentação que comprova a origem da madeira (DOFs), manteve ele os termos de apreensão/depósito em todos os seus efeitos.

Assevera que referidos termos infringem a Lei 9.784/1999, uma vez que, sendo dependentes dos autos de infração, porquanto consequência direta destes, não há que se falar na sua subsistência se da lavratura do auto de infração não cuidou a Administração.

Ressalta que a inexistência de auto de infração impossibilita o exercício da ampla defesa, bem assim que, ainda que lavrado o auto, a simples presunção do ilícito não autoriza a imposição da penalidade pecuniária.

Sustentando, ainda, que os termos de apreensão/depósito foram “lavrados por simples presunção” (fl. 15), subscritos por agente incompetente, bem assim que existem procurações públicas e contratos de locação que a legitimam a postular a liberação das embarcações, requer a antecipação da pretensão recursal para que sejam liberados os bens apreendidos, ainda que “correspondente ao volume de madeira constante dos DOFs, na forma da IN 30 do IBAMA, respeitada a margem de 10% (dez por cento) para maior” (fl. 23).

Isso posto, decido.

Verifica-se, da análise dos autos, que o Relatório de Vistoria Técnica de fls. 73/80, assinado por prepostos do IBAMA, revela a ocorrência de graves acontecimentos na região onde se encontravam as balsas da agravante, carregadas de madeira, em razão de manifestação de militantes de movimentos políticos contrários à devastação da Amazônia Legal, do que resultou, segundo se vê pelas fotos de fls. 262/267, o incêndio de embarcações, fatos que justificavam o afastamento das referidas balsas do local, alegado pela agravante, dado o clima de insegurança

reconhecido pelo próprio IBAMA no citado Relatório.

De outro lado, a agravante refere a existência de dificuldade do próprio IBAMA na emissão dos documentos autorizatórios do transporte de madeira, em razão da alteração de procedimentos internos daquela Autarquia sobre a matéria, fato que é também confirmado no referido Relatório.

Constata-se, ademais, que, consoante documentos vistos, por cópias, às fls. 81/84, também foram apresentados os DOFs relativos à madeira embarcada, ainda que extemporaneamente, o que pode ser explicado pelas dificuldades internas do IBAMA.

Por fim, o próprio agravado reconheceu que às apreensões realizadas não se seguiu a indispensável lavratura dos autos de infração, o que compromete, até mesmo, a possibilidade de defesa da agravante.

Isso não obstante, ainda que vislumbre relevância jurídica na argumentação da agravante, tenho que a satisfatividade da liminar pleiteada, tornando irreversível a situação com a liberação dos bens apreendidos, é medida que, em princípio, não deve ser decidida monocraticamente, por decisão que, em tese, poderá não vir a ser confirmada no julgamento colegiado.

Daí por que denego a antecipação da pretensão recursal.

Intime-se o agravado para oferecer contraminuta.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília – DF, 15 de dezembro de 2006.

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel*, Relator.

Pedido de Uniformização de Jurisprudência

2003.38.00.703494-7/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Maria Edna Fagundes Veloso

Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogado: Dr. Mauro Sanabio Silva Pereira

Recorrido: João Pereira de Souza

Advogado: Dr. Vicente Tarciso Gonzaga Amorim

Turmas Recursais divergentes: Pará/Amapá, Amazonas/Roraima, 1ª Minas Gerais, 2ª Minas Gerais.

Ementa

Pedido de uniformização regional. Divergência entre acórdão da 2ª Turma Recursal de Minas Gerais e acórdãos da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, da Turma Recursal do Amazonas/Roraima e da Turma Recursal do Pará/Amapá. FGTS. Pedido de recebimento de expurgos inflacionários relativos aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990. Inexistência nos autos de comprovação da existência do acordo. Divergência quanto ao interesse de agir. Sentença julgou procedente. A 2ª Turma Recursal de Minas Gerais negou provimento ao recurso da CEF.

I – Pedido de uniformização regional é cabível quando houver divergência sobre questões de direito material entre decisões proferidas por Turmas Recursais da mesma região, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 10.259/2001.

II – O presente pedido tem como embasamento divergência entre acórdão da 2ª Turma Recursal de Minas Gerais e acórdãos da Turma Recursal do Pará/Amapá, da Turma Recursal do Amazonas/Roraima e da 1ª Turma Recursal de Minas Gerais, no que se refere à constitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036/1990 e à existência ou não de interesse de agir quando houve prévio acordo administrativo com a CEF para recebimento dos expurgos inflacionários do FGTS.

III – Quanto ao *status* jurídico do acordo administrativo, não obstante a modificação do posicionamento desta juíza acerca da irrenunciabilidade do acordo, o que fez em adesão ao pronunciamento do Plenário do e. STF no Recurso Extraordinário 418918, conforme já ressaltado em outros pedidos de uniformização, a questão posta no presente pedido merece tratamento diverso, porque, embora invocando o acordo e a sua imodificabilidade, a CEF não o comprovou, como consta do acórdão de fls. (58/68). A falta de comprovação da existência do termo de adesão prejudica a análise da divergência apontada.

IV – No tocante à inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei 8.036, a natureza processual da regra (Súmula 7 da Turma Nacional de Uniformização) inviabiliza a análise do pedido nesta via.

V – Pedido de uniformização regional não conhecido.

Acórdão

Decide a Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência, por unanimidade, não conhecer do incidente.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 11/05/2006.

Juíza Federal *Maria Edna Fagundes Veloso*, Relatora.

Recurso

2006.38.00734283-6/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Recorrente: Maria Francisca da Silva
Advogado: Dr. Roberto de Carvalho Santos
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dra. Luciana de Almeida Aguiar
Publicação: *DJMG* de 19/12/2006

Ementa

Juizados especiais federais. Previdenciário. Ausência de requerimento administrativo. Interesse de agir. Recurso desprovido.

I – Cuida-se de recurso contra sentença que extinguiu o processo nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

II – A recorrente ajuizou ação pleiteando aposentadoria por idade rural. Verificada a ausência de requerimento administrativo, e mesmo antes da citação do INSS, o juízo monocrático extinguiu o processo por ausência de interesse de agir. O recurso visa à anulação da sentença e o retorno dos autos à origem para prosseguimento da ação.

III – A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, no julgamento do Recurso 2005.72.95.006179-0, acórdão publicado em 26/10/2006, concluiu que “nas ações previdenciárias no âmbito dos JEFs é necessária a prévia caracterização de lide para atender à condição da ação relativa ao interesse de agir, na sua modalidade de utilidade/necessidade do provimento jurisdicional, o que se dá com o prévio requerimento administrativo, em que haja indeferimento expresso do pedido ou demora injustificável para sua apreciação. Entendimento contrário importa no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEFs, o que compromete a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide e necessidade da intervenção do Poder Judiciário”.

IV – Recurso desprovido.

V – Recorrente condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 300,00 (trezentos reais), cuja execução ficará sobrestada tendo em vista a concessão da justiça gratuita.

VI – Vencida a M.M. Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares

Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 23/10/2006.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

Recurso

2006.38.00.742026-4/MG

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Sônia Diniz Viana
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procurador: Dr. Thormes Filgueira Leite Pereira
Recorrido: Joaquim Venceslau de Oliveira
Advogado: Dr. Ronaldo Ermelindo Ferreira

Ementa

Juizados especiais federais. Previdenciário. Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença. Sentença ilíquida. Questão de ordem pública. Anulação. Art. 38, parágrafo único, da Lei 9.099/1995.

I – No âmbito dos juizados especiais, a sentença deve conter o montante da condenação, no que se refere ao valor do benefício e das parcelas vencidas e vincendas, pois não haverá a fase de liquidação do julgado.

II – Respondendo a consulta — Processo 2004.16124-7 — a Turma de Uniformização Nacional, por maioria, em decisão cujo acórdão consta da Ata publicada no *Diário da Justiça* de 07/10/2004, manifestou-se no sentido de que as sentenças proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Federais devem ser líquidas, com a definição do *quantum debeat*.

III – Sentença anulada.

IV – Prejudicada a análise das demais questões levantadas no recurso do INSS.

V – Mantida a tutela antecipada na sentença, uma vez que presentes os seus requisitos.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, acolher a preliminar e anular a sentença, nos termos do voto da Relatora.

1ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal/MG – 23/11/2006.

Juíza Federal *Sônia Diniz Viana*, Relatora.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.

Pretensão de levantamento de depósito efetuado em ação de desapropriação por credora dos expropriados. Carta precatória expedida por juiz estadual. Descumprimento pelo juiz federal.

Apenas ao juízo federal, atuando dentro dos limites de sua competência no processo de desapropriação, é dado determinar o destino e as medidas tendentes ao levantamento de valores postos a sua disposição.

O acórdão que negou provimento à apelação do Inbra não transitou em julgado, por força da interposição de recurso especial, do que decorre a inviabilidade da pretensão de levantamento dos 20% (vinte por cento) relativos ao depósito inicial. Não fosse isso, ressalta incontestemente a ilegitimidade da credora — impetrante — dos expropriados para pleitear a formação de autos suplementares e posterior execução provisória da sentença.

Os casos em que o juiz pode negar cumprimento à carta não estão exauridos no rol do art. 209 do CPC, que é exemplificativo.

MS 2006.01.00.028312-0/MT

Rel.: Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado) – 2ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 07/12/2006

Concurso público. Ação civil pública. Membro de banca examinadora que ministrou aulas em curso preparatório. Possível ofensa ao princípio da moralidade.

Não se afigura razoável admitir que professor universitário que ministrou aulas em curso preparatório para o certame, ainda que apresente declaração de que as aulas foram ministradas para candidatos ao cargo de Agente de Polícia do mesmo concurso, funcione como examinador de prova oral para o cargo de Delegado como examinador.

Ag 2006.01.00.030634-0/AP

Rel.: Des. Federal Selene de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 07/12/2006

Inquérito civil público. Improbidade administrativa. Vantagem financeira. Quebra de sigilo de cartões de crédito. Desnecessidade.

Objetivando a investigação civil pública a apuração de ganho de vantagens financeiras de ex-deputados, com o propósito de votarem a favor da Emenda Constitucional que autorizou a reeleição do Presidente da República, e já havendo a autorização da quebra do sigilo bancário, o pedido de quebra de sigilo da movimentação dos respectivos cartões de crédito deve estar ancorado em elementos que demonstrem a sua necessidade até mesmo em face do que já apurado pelo exame da movimentação bancária, o que não se dá nos autos.

Ag 2000.01.00.081684-9/DF

Rel.: Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 01/12/2006

Ação civil pública. Reserva biológica. Criação. Implantação. União Federal. Omissão.

É dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o direito ao meio ambiente, “para as presentes e futuras gerações”, adotando as medidas necessárias para assegurar a sua efetividade (art. 225, CF/1988).

“Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de pres-

tação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.” (Min. Celso de Mello).

Ag 2002.01.00.039691-0/MA

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/12/2006

Pensão militar. Dependentes. Filhas casadas. Art. 7º da Lei 3.765/1960. Inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 8.216/1991 (ADI 574-0). Filho menor (maioridade aos 21 anos).

O STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 574-0, em 03/06/1993, declarou a inconstitucionalidade da redação dada pelo art. 29 da Lei 8.216, de 13/08/1991, ao art. 7º da Lei 3.765, de 04/05/1960.

In casu, as filhas casadas têm direito à percepção da referida pensão.

Inaplicável a nova regra do Código Civil no que tange à maioridade, uma vez que deve prevalecer a legislação vigente na data do óbito do instituidor da pensão, que previa a maioridade aos 21 anos.

AC 2003.38.01.001089-3/MG

Rel.: Des. Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira – 1ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/12/2006

Roubo qualificado. Art. 157, § 2º, I, II e III, do Código Penal. Desclassificação do delito não operada. Materialidade e autoria comprovadas. Idoneidade das provas testemunhais.

Não se opera a desclassificação do delito de roubo para o de furto, quando sobejamente comprovada, pelas provas dos autos, a presença de circunstância elementar do crime de roubo. A materialidade e a autoria do crime tipificado no art. 157, § 2º, I, II e III, do Código Penal restaram demonstradas pelo conjunto probatório constante dos autos. As provas testemunhais colhidas ao longo da instrução criminal apresentam-se idôneas e concludentes no sentido da responsabilidade penal do apelante.

ACr 2001.01.00.036743-9/BA

Rel.: Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada) – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/12/2006

Ação Popular. Utilização da medida para impedir comissão parlamentar de inquérito de colher provas sem autorização judicial. Falta de interesse de agir.

Na hipótese, não há provas de que eventual provimento favorável à pretensão do autor obstaría ofensa ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Ausência de interesse de agir.

REO 1997.01.00.045114-3/DF

Rel.: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 11/12/2006

Peculato. Aposseamento de valores. Corpo de delito direto. Suprimento. Critérios. Fixação. Pena.

A manutenção da r. sentença que condenou a acusada como incurso nas penas do art. 312 do CP é medida que se impõe, se restar demonstrado por circunstâncias coerentes e concatenadas que aquela apossou-se de valores de que tinha a posse.

Nos delitos materiais, o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto, que se realiza por intermédio de qualquer meio legal idôneo que o comprove.

Em sendo desfavorável à acusada apenas uma circunstância judicial de individualização da pena prevista no art. 59 do Código Penal, qual seja, as conseqüências do crime, não é razoável a fixação da pena-base muito acima do mínimo legal.

ACr 2000.01.00.013054-8/AP

Rel.: Juiz Federal Ney Bello (convocado) – 4ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 06/12/2006

Responsabilidade por danos causados por “sem terra” a veículo que fazia seu transporte, contratado pelo Incra.

A responsabilidade do Incra como entidade da Administração Pública é objetiva, centrada no art. 37, § 6º, da Constituição e embebida na teoria do risco administrativo, dentro da qual só é necessário provar a ação e seu nexo de causa e efeito com um dano experimentado pelo particular.

A ação do Incra consistiu na própria contratação do transporte de pessoas, as quais acabaram por danificar dois dos veículos e destruir um deles, arremessando-o em precipício. A atividade de transporte neste caso era uma atividade da própria Administração e foi no seu desenvolvimento que o dano foi causado ao particular que lhe prestava serviços.

AC 2000.01.00.040682-4/MG

Rel.: Juiz Federal Cesar Augusto Bearsi (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 07/12/2006

Terra indígena demarcada. Nulidade dos títulos dominiais expedidos em favor de particulares. Indenização pela terra nua. Não-cabimento. Indenização por benfeitorias. Restrição ao período de ocupação de boa-fé.

O fato de os réus terem títulos dominiais originariamente expedidos pela Ruralminas e de exercerem ocupação que data de várias décadas não restringe o direito que a Constituição assegura aos indígenas.

Nem mesmo os ocupantes de boa-fé de terras indígenas ostentam contra a União (ou a Funai) direito à indenização pela terra nua.

Caracterizando-se como de má-fé a ocupação exercida pelos réus-reconvintes a partir de setembro de 1989, não fazem eles jus à indenização de qualquer benfeitoria realizada na área desde então.

AC 1998.38.00.017765-9/MG.

Rel.: Juiz Federal Marcelo Albernaz (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 07/12/2006

Concurso público. Técnico da Receita Federal.

Não sendo a inscrição múltipla do candidato prevista no edital do concurso como causa de eliminação do candidato, defere-se-lhe liminar para determinar à autoridade impetrada que homologue a sua aprovação no concurso, obedecida a ordem de classificação, desde que o único obstáculo seja a inscrição múltipla.

Ag 2006.01.00.032817-1/DF

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/12/2006

Execução fiscal. Inclusão do sócio no pólo passivo da execução. Débito para com a seguridade social. Lei 8.620/1993, art. 13.

O redirecionamento da execução contra o sócio, de acordo com o novo posicionamento do STJ, por sua Primeira Seção, mesmo em se tratando de débito para com a seguridade social, depende da demonstração, pelo exeqüente,

da prática, pelo sócio, de algum dos atos elencados no art. 135 do CTN, disposição contra a qual não prevalece o disposto no art. 13 da Lei 8.620/1993.

Ag 2006.01.00.028821-9/BA

Rel. para acórdão: Des. Federal Antônio Ezequiel da Silva – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 19/12/2006

Imposto de Importação. Pessoa jurídica de natureza desportiva. Isenção. Situação de fato divergente. Evasão fiscal configurada.

Situação em que pessoa física não abrangida pela isenção do Imposto de Importação adquire veículo com seu dinheiro e para seu uso, utilizando-se do nome de pessoa jurídica beneficiária da isenção para a transação, demonstra a tentativa de se esquivar do pagamento da exação e configura a hipótese de evasão ilícita, confirmando a legalidade do título executivo.

AC 1997.01.00.055708-7/DF

Rel.: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado) – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 11/12/2006

Embargos à execução. Estatuto social da pessoa jurídica embargante. Inexistência.

É dispensada a juntada aos autos de cópia do estatuto social da pessoa jurídica autora, inexistindo dúvida acerca da pessoa que outorgou procuração em nome da empresa.

AC 2003.01.99.014776-8/MG

Rel.: Des. Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/12/2006

Pagamento de tributos federais com apólices da dívida pública. Art. 3º c/c art. 162 do Código Tributário Nacional. Prescrição.

A compensação, como modalidade de extinção do crédito tributário, pressupõe a existência de créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, hipótese inócurrenente com apólices da dívida pública (art. 170, CTN).

Prescrição, no caso, que se reconhece dado que a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o prazo de resgate dos títulos da dívida pública, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 263/1967 e art. 1º do Decreto-Lei 396/1968, é de doze meses a contar de 01/01/1969, após o que restaram extintos.

AC 1998.33.01.001964-9/BA

Rel.: Des. Federal Leomar Barros Amorim de Sousa – 8ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/12/2006

Ação rescisória. Licenciamento de veículo. Transporte de carga. Excesso de peso. Multa. Erro de fato. Inocorrência.

É improcedente a pretensão rescisória fundada em erro de fato, a ensejar a rescisão da sentença, em referência, sob a alegação de ter o juízo sentenciante dado como inexistente um fato inequivocamente existente, qual seja, a informação, constante dos autos, de que a máquina transportada pela autora pesava 41.800 kg (quarenta e um mil e oitocentos), conforme especificações do fabricante, e não 48.000 kg (quarenta e oito mil), conforme constante de tabela do Poder Público.

Não prospera a alegação de falta de pronunciamento referente a nota fiscal de que a máquina estava sendo transportada sem alguns de seus acessórios, como a caçamba, por exemplo, posto que outro não teria sido o resultado

do julgamento, uma vez que a diferença do peso não seria suficiente para excluir a infração, na medida em que o excesso de peso apurado foi de 21.000 kg.

AR 2001.01.00.036710-0/MG

Rel.: Des. Federal Carlos Fernando Mathias – 4ª Seção

Publicação: *DJ* 2 de 01/12/2006

Estatística

DEZEMBRO/2006

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos	66
Recursos Especiais Admitidos	82
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	44
Recursos Especiais Não-Admitidos	141
Despachos Diversos	27
Decisões Diversas	7
Recurso Especial Adesivo Não-Admitido	1
Decisões em Plantão	39
Despachos em Plantão	27
Suspensão de Segurança Deferida	1
Suspensões de Segurança Indeferidas	5
Decisão Diversa em Suspensão de Segurança	1
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	9
Agravo Regimental Prejudicado	1
Informações ao STF e STJ em ACr, CC, HC, MS e SS	37
TOTAL	488

Dados fornecidos pela ASRET.

SECRETARIA JUDICIÁRIA

Despachos Diversos	25
TOTAL	25

Dados fornecidos pela SECJU.

SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Informações em Mandados de Segurança	2
Informações em Ações Ordinárias	2
TOTAL	4

Dados fornecidos pela SECRE.

VICE-PRESIDÊNCIA

REsp Admitidos	95
REsp Inadmitidos	228
RE Admitidos	57
RE Inadmitidos	111
Despachos/Decisões Diversas	83
Acórdão (Relator)	1
Decisões de Plantão	10
TOTAL	585

Dados do Gabinete da Vice-Presidência.

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (REsp/RE)	638
Remetidos à ASVIP com REsp/RE	229
Remetidos à ASRET com REsp/RE	276
Remetidos ao STF (RE e Ag/RE)	222
Remetidos ao STJ (REsp e Ag/REsp)	541
Recebidos do STJ	491
Recebidos do STF	230
Remetidos por Baixa Definitiva	850
Remetidos ao Arquivo Judicial	386
Sobrestados na COREC	372
Agravos Processados	34
TOTAL	4.269

PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

Processos com Recursos Admitidos	206
Processos com Recursos Inadmitidos	357
Processos com Despachos Diversos	35
TOTAL	598

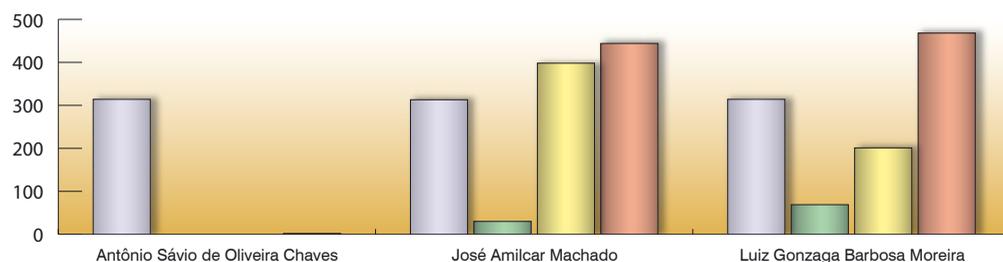
PUBLICAÇÕES – VICE-PRESIDÊNCIA

Processos com Recursos Admitidos	78
Processos com Recursos Inadmitidos	162
Processos com Despachos Diversos	5
TOTAL	245

Dados fornecidos pela COREC.

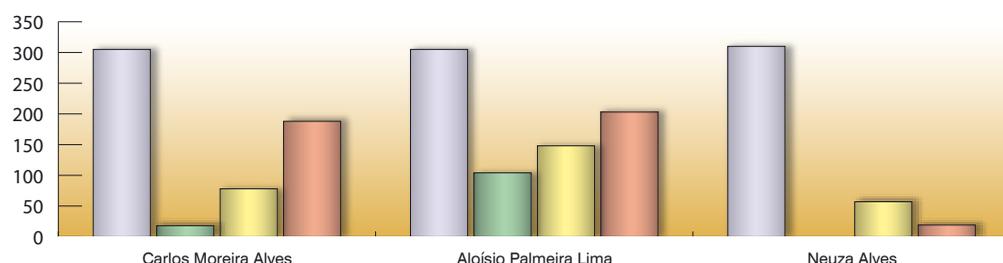
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



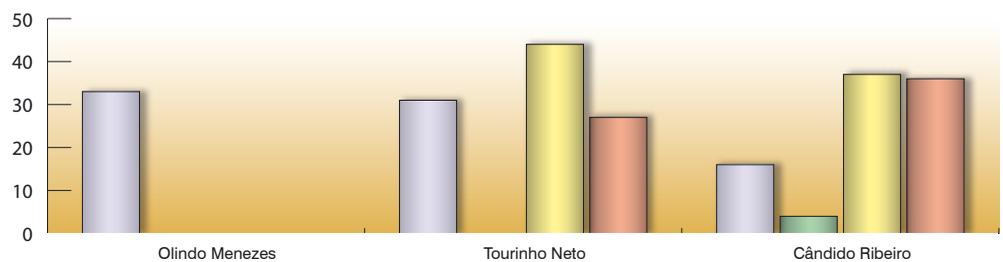
	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Distribuídos	314	313	314
Desp. Term. Publicados		30	69
Julgados		398	201
Acórdãos Publicados	2	444	468

2ª Turma



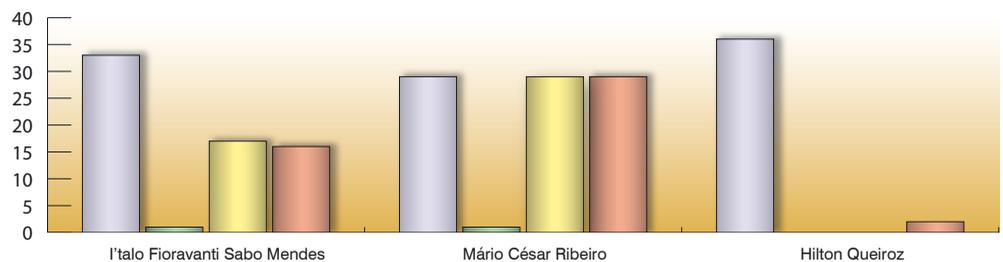
	Carlos Moreira Alves	Aloísio Palmeira Lima	Neuza Alves
Distribuídos	305	305	310
Desp. Term. Publicados	18	104	
Julgados	78	148	57
Acórdãos Publicados	188	203	19

3ª Turma



	Olindo Menezes	Tourinho Neto	Cândido Ribeiro
Distribuídos	33	31	16
Desp. Term. Publicados			4
Julgados		44	37
Acórdãos Publicados		27	36

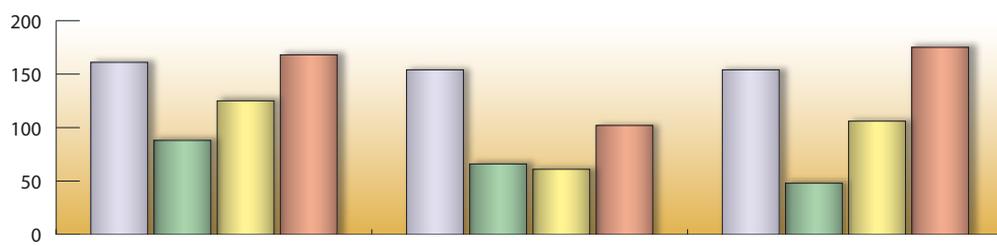
4ª Turma



	I'talo Fioravanti Sabo Mendes	Mário César Ribeiro	Hilton Queiroz
Distribuídos	33	29	36
Desp. Term. Publicados	1	1	
Julgados	17	29	
Acórdãos Publicados	16	29	2

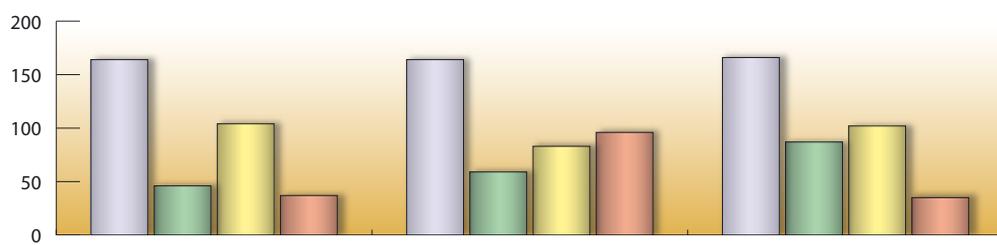
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



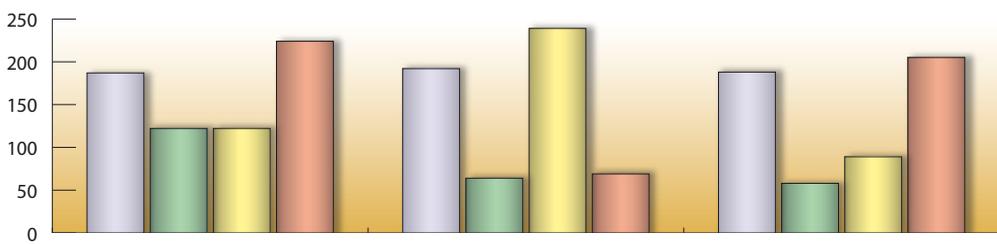
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	161	154	154
Desp. Term. Publicados	88	66	48
Julgados	125	61	106
Acórdãos Publicados	168	102	175

6ª Turma



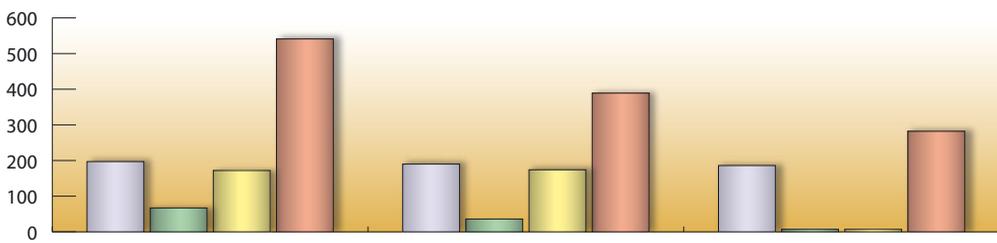
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	164	164	166
Desp. Term. Publicados	46	59	87
Julgados	104	83	102
Acórdãos Publicados	37	96	35

7ª Turma



	Luciano Tolentino Amaral	Catão Alves	Antônio Ezequiel da Silva
Distribuídos	187	192	188
Desp. Term. Publicados	122	64	58
Julgados	122	239	89
Acórdãos Publicados	224	69	205

8ª Turma

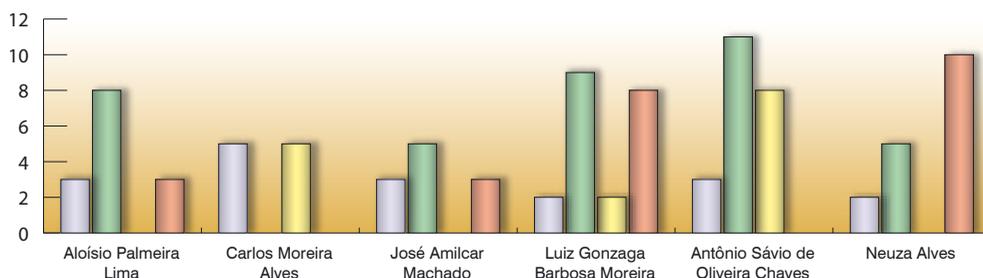


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	197	190	186
Desp. Term. Publicados	67	36	7
Julgados	172	174	7
Acórdãos Publicados	541	389	282

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

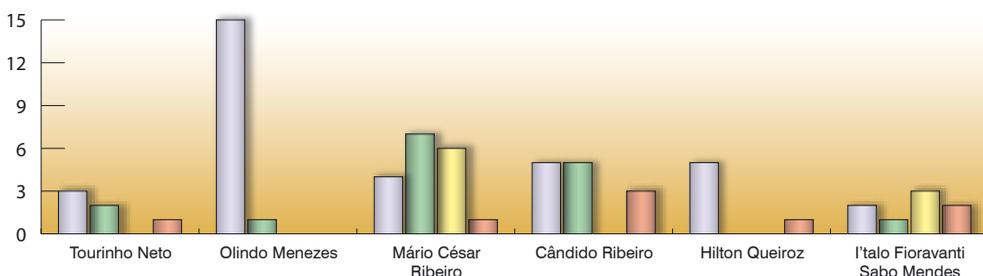
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	3	5	3	2	3	2
Desp. Term. Publicados	8		5	9	11	5
Julgados		5		2	8	
Acórdãos Publicados	3		3	8		10

2ª Seção

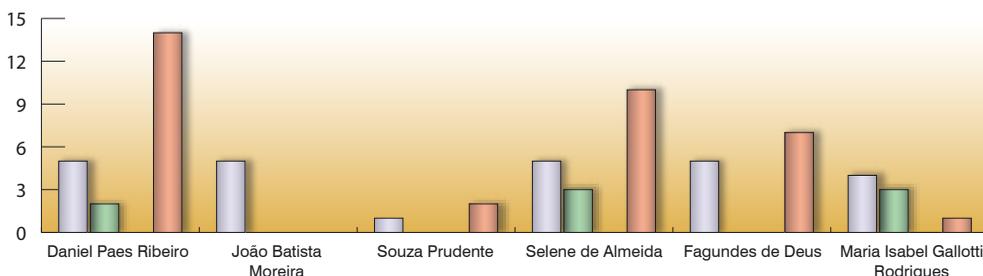
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	3	15	4	5	5	2
Desp. Term. Publicados	2	1	7	5		1
Julgados			6			3
Acórdãos Publicados	1		1	3	1	2

3ª Seção

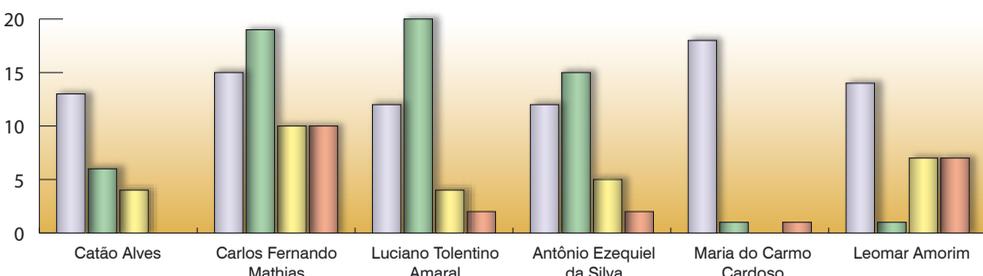
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	5	5	1	5	5	4
Desp. Term. Publicados	2			3		3
Julgados						0
Acórdãos Publicados	14		2	10	7	1

4ª Seção

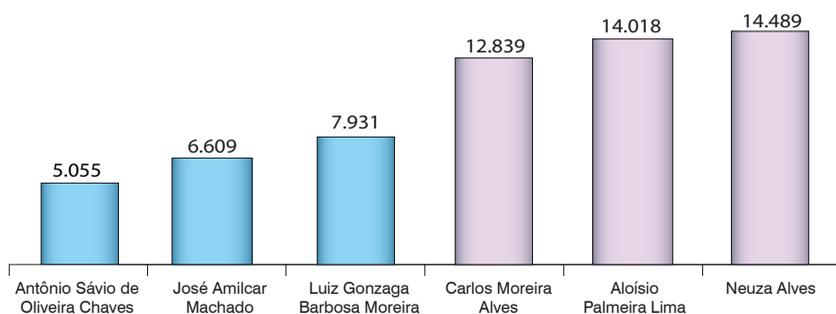
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



Distribuídos	13	15	12	12	18	14
Desp. Term. Publicados	6	19	20	15	1	1
Julgados	4	10	4	5		7
Acórdãos Publicados		10	2	2	1	7

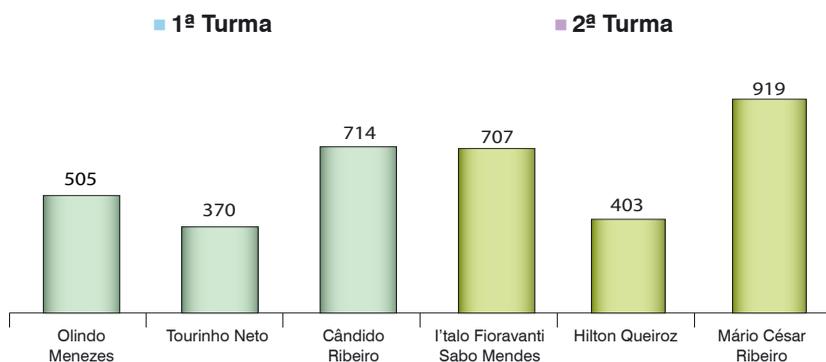
Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS

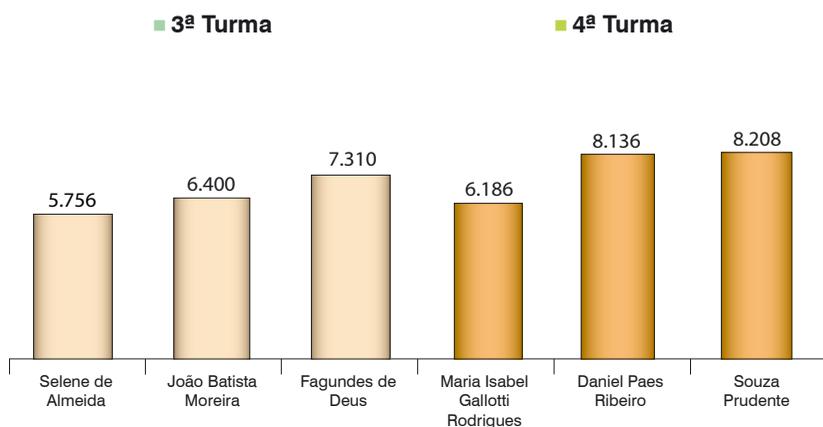


COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (Art. 8º do RITRF)

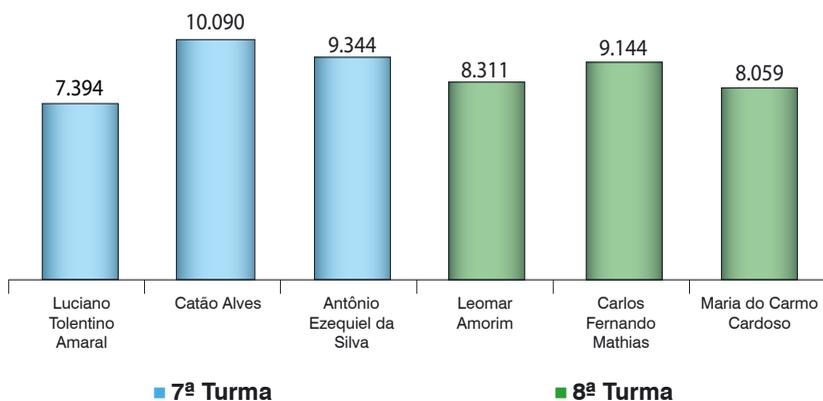
À Primeira Seção, Primeira e Segunda Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – servidores públicos civis e militares, exceto feitos correlatos à improbidade administrativa; e
II – benefícios previdenciários.



À Segunda Seção, Terceira e Quarta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – matéria penal em geral;
II – improbidade administrativa;
III – desapropriação direta e indireta.



À Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – licitação e contratos administrativos;
II – concursos públicos;
III – contratos;
IV – direito ambiental;
V – sucessões e registros públicos;
VI – direito das coisas;
VII – responsabilidade civil;
VIII – ensino;
IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
XI – propriedade industrial;
XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.



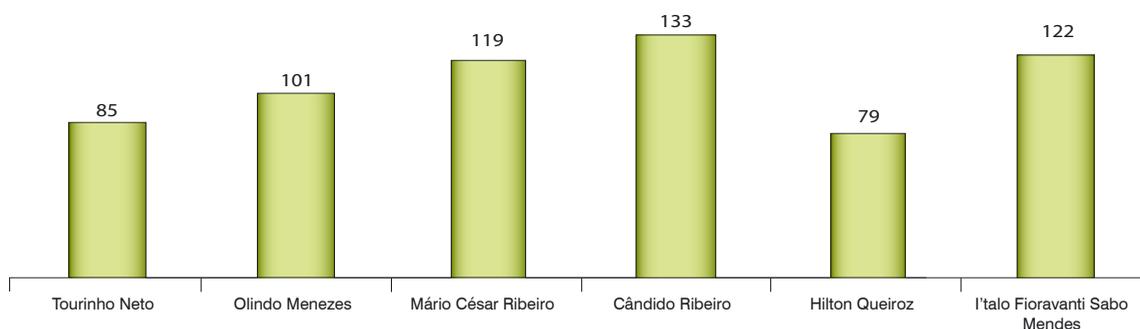
À Quarta Seção, Sétima e Oitava Turmas cabem o processo e julgamento dos feitos relativos a:
I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
II – impostos;
III – taxas;
IV – contribuições de melhoria;
V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
VI – empréstimos compulsórios;
VII – preços públicos;
VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

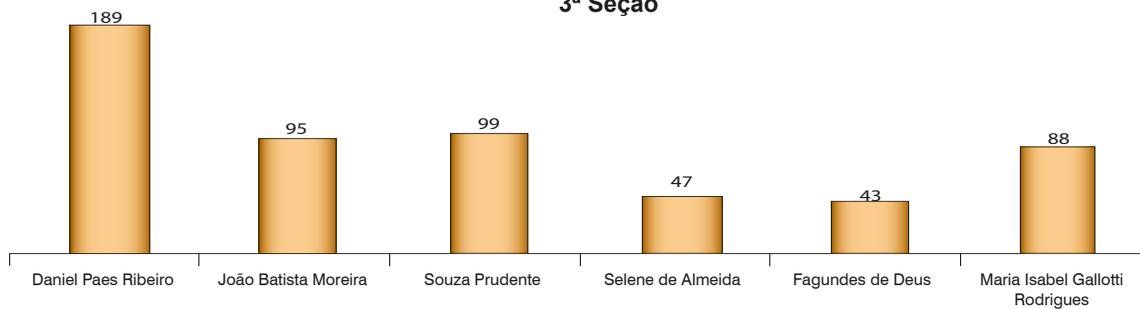
1ª Seção



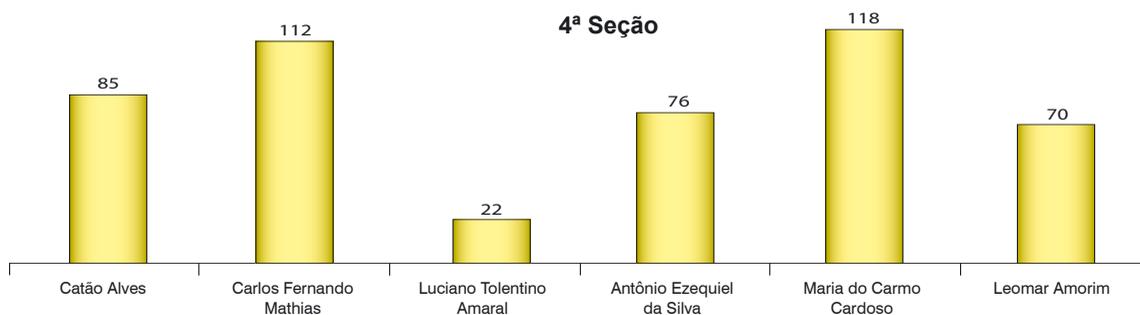
2ª Seção



3ª Seção



4ª Seção



ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	7ª Turma	2	1	65
Antonio Claudio Macedo da Silva	2ª Turma			2
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma	1		36
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma		34	39
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma	2	40	43
Daniele Maranhão Costa	7ª Turma			8
Francisco Renato Condevila Pinheiro	7ª Turma	13	45	81
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		107	61
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção	1		
	1ª Turma		125	51
Jamil Rosa de Jesus	2ª Seção		3	3
	3ª Turma	14	37	42
José Magno Linhares Moraes	3ª Turma			16
Kátia Balbino de Carvalho Ferreira	1ª Seção		3	
	2ª Turma	68	67	124
Klaus Kuschel	4ª Turma		7	7
Leão Aparecido Alves	6ª Turma	1	47	27
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Turma	7	248	105
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma		36	16
Maria Lúcia Gomes de Souza	2ª Seção			2
Mark Yshida Brandão	4ª Seção	1	2	1
	8ª Turma	54	184	115
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma		31	60
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção			1
	6ª Turma	1	46	11
Mônica Jaqueline Sifuentes Pacheco	2ª Turma			1
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		44	177
Ney de Barros Bello Filho	2ª Seção	1	1	
	4ª Turma	3	30	28
Osmane Antonio dos Santos	8ª Turma			26
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		51	50

Roberto Carvalho Veloso	8ª Turma		16	
Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	7ª Turma			1
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	4ª Turma		37	27
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Turma			32

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Assusete Magalhães	2ª Turma		7	
Carlos Moreira Alves	8ª Turma	4		
Jirair Aram Meguerian	1ª Seção		4	
Tourinho Neto	2ª Turma		1	

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- * Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- * Editora S0íntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários;
- * Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- * Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio;
- * Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB;
- * Editora Forense: Revista Forense;
- * Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- * Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- * Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- * Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- * Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- * Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- * Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- * Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- * Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o *e-mail* revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3314-5377, 3314-5451 ou pelo *e-mail* revista@trf1.gov.br.

